

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO**

**POR UMA REFUNDAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

**CURITIBA
2005
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

**POR UMA REFUNDAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Dissertação apresentada pelo mestrando Guilherme Merolli sob a orientação do Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA
2005
TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME MEROLLI

**POR UMA REFUNDAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA DOGMÁTICA
JURÍDICO-PENAL**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre do Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador: Professor Dr. João Gualberto Garcez Ramos

2º Examinador: Professor Dr. _____

3º Examinador: Professor Dr. _____

Curitiba, de 2005.

Dedico esta dissertação a minha doce ISABELLA que, a
cada momento compartilhado, mostra-me o quão
privilegiado sou em ser seu pai.

AGRADECIMENTOS

Não existe obra intelectual exclusivamente individual. Para culminá-la dependemos do apoio, auxílio e compreensão de terceiros. Assim sendo, aproveitamos esta oportunidade para agradecer pública e expressamente àquelas pessoas e instituições que intervieram decisivamente no processo de elaboração deste trabalho.

Em primeiro lugar, agradeço ao Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos que, com franqueza, cordialidade e nenhuma dose de paternalismo, orientou-me no feitiço dessa dissertação. Com ele divido todos os meus possíveis acertos e dele retiro qualquer participação nos meus abundantes equívocos.

Agradeço também ao Prof. Dr. Luiz Alberto Machado que, por ocasião do exame de admissão ao Curso de Mestrado, tranqüilizou-me como um pai e – no decorrer do curso – demonstrou-me elegantemente quão valiosos são a honra e o caráter de um homem.

Ao Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos que, ao descortinar-me o discurso silenciado do sistema penal, representou um verdadeiro divisor de águas em minha vida, acabando por despertar um resolutivo encantamento pelo discurso e pelo vigor da teoria crítica do direito penal.

Ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca que, com a sua vocação febril para a docência, permitiu-me interlocuções fundamentais para o desenvolvimento dos capítulos iniciais desta obra, os quais a ele dedico como signo de nossa grande amizade.

Sou igualmente grato ao Prof. Maurício Kühne por, humildemente, ter oportunizado e apoiado o meu ingresso no quadro docente da Faculdade de Direito de Curitiba.

Agradeço à Prof^a. Silvia Gradowski que, com amabilidade e resignação, há alguns anos semeou uma árvore que só daria frutos uma década depois.

Quero também enaltecer todos os amigos e familiares pela incondicional demonstração de apoio a este meu projeto acadêmico.

Louvo, ainda, a majestosa convivência propiciada pelos colegas da Pós, bem como pelos funcionários e demais professores do Programa, que me acolheram como se filho da casa fosse.

Por fim, agradeço à CAPES pelo financiamento parcial desta pesquisa. É imprescindível que vivenciemos esta centelha de autonomia: pesquisadores apoiados financeiramente pelo Estado justamente para escarnecer o seu próprio patrão.

A todos, o meu sincero **muito obrigado!**

RESUMO

RIASSUNTO

SUMÁRIO

Agradecimentos.....	V
Resumo.....	VII
Riassunto.....	VIII
Introdução.....	1
Capítulo 1 – A ordem econômica.....	4
Seção 1 – O princípio da livre iniciativa.....	11
Seção 2 – O princípio da livre concorrência.....	17
Seção 3 – O princípio da função social dos meios de produção.....	28
Seção 4 – O princípio da proteção ao consumidor.....	31
Seção 5 – O princípio da repressão ao abuso do poder econômico.....	34
Capítulo 2 – Histórico do direito antitruste.....	35
Seção 1 – Gênese com o paradigma americano.....	37
Seção 2 – A regra da razão.....	40
Seção 3 – O paradigma europeu e a concorrência-instrumento.....	42
Capítulo 3 – Os objetivos do antitruste.....	52
Seção 1 – A escola de Harvard.....	53
Seção 2 – A escola de Chicago.....	56

Seção 3 – O direito da concorrência como política pública.....	60
Seção 4 – A escola de Freiburg.....	62
Seção 4 – Comentários críticos.....	68
Capítulo 4 – A análise econômica do direito.....	74
Seção 1 – A opção epistemológica da AED.....	77
Seção 2 – A gênese no direito norte-americano.....	80
Seção 3 – Os pressupostos	82
Seção 4 – A questão da eficiência.....	89
Seção 5 – A recepção da AED no Brasil.....	99
Seção 6 – Comentários críticos.....	101
Capítulo 5 – Proposta para um direito da concorrência constitucional.....	105
Seção 1 – Considerações introdutórias.....	105
Seção 2 – Os argumentos de princípio e de política.....	105
Seção 3 – Os argumentos de princípio no direito concorrencial.....	109
Seção 4 – Os argumentos de política no direito concorrencial.....	110
Seção 5 – O argumento da eficiência.....	111

Seção 6 – Comentários críticos.....	112
Seção 7 – Proposta para uma adequação com a ordem econômica Constitucional.....	119
Conclusão.....	120
Bibliografia.....	123

A fome que humilha a todos
Vida se alimenta de dor
Que pobre povo sem socorro!...
Por que será que Deus pôs ali
O ser pra ser assim
Sofredor?
Sob a brasa do sol padecer
Do desdém do poder
Fingido.
Sem saber o que é ser feliz
Viver, como se diz:
Dá medo
Apesar de se ter céu azul
O mesmo lá do sul
Mesmo deus.

(Djavan – “Seca”)

1ª PARTE: FUNDAMENTOS CRÍTICOS DE DIREITO PENAL (“IMPULSO DESESTRUTURADOR”).

Capítulo 1 – A SUPERAÇÃO DO MÉTODO HISTÓRICO-TRADICIONAL.

Antes de ingressarmos propriamente no estudo “histórico-evolutivo” das fases da justiça punitiva, tema tradicionalmente desenvolvido pelos tratadistas de nossa disciplina, reputamos imprescindível observar – enquanto premissa metodológica - que o que se deve fazer é a história das idéias penais, e não a história das legislações penais. Isto porque, como adverte CUELLO CALÓN, “o direito legislado não pode sempre ser tomado como expressão fiel do que efetivamente esteve em vigor”¹. Ora, via de regra, as leis não nos dizem absolutamente (ou quase) nada acerca da realidade dos fatos sociais. De fato, se nós nos ancorássemos a um estudo meramente legislativo, seríamos obrigados a reconhecer – provavelmente daqui a alguns séculos – que, face à proibição constitucional expressa, no Brasil do limiar do terceiro milênio não existiu tortura; da mesma forma como, hoje, poderíamos concluir – equivocadamente, como demonstra SCHWARTZ em interessante estudo sobre o Brasil-Colônia² - que os magistrados do Tribunal da Relação da Bahia nunca traficaram escravos como forma de complementarem a renda, a despeito de estarem proibidos pela Metrópole de desempenhar tal atividade.

Assim sendo, evidencia-se que o simples estudo dos dispositivos legislados não nos permite investigar como efetivamente se implementava a justiça na prática social. Portanto, o que faremos neste capítulo inicial é discorrer historicamente sobre as principais idéias penais – idéias estas, aliás, comumente identificadas dentro de uma leitura tradicional enquanto “etapas de evolução da justiça punitiva”³. Embora existam discrepâncias entre os autores quanto à ordem

¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal: parte general*. t. 1. 9. ed. Barcelona: Ed. Bosch, 1948. p. 64.

² SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes – 1609-1751*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 31.

das fases⁴, esta perspectiva linear e evolutiva nos sugere a cisão do estudo histórico das idéias penais em três “etapas”: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Ainda que, oportunamente, proponhamos a ruptura desta visão progressiva e acumulativa de etapas históricas, cremos ser didaticamente indispensável – até mesmo para viabilizar uma posterior desconstrução metodológica - uma abordagem preliminar sobre os caracteres principais de cada uma destas fases, dentro da qual procuraremos retratar as respectivas concepções acerca da infração e da sanção.

Seção 1 – Vingança Divina.

Para que se possa compreender a fase identificada enquanto “vingança divina” é imperioso destacar que, diferentemente do homem moderno, o homem primitivo não problematizava a idéia de “causalidade”. Os fenômenos que cercavam o homem primitivo não eram explicados pela positivista relação de causa-efeito existente entre todos os fenômenos, mas sim por princípios mágicos ou religiosos. Vale dizer, a origem dos fenômenos era explicada pela magia e o seu advento era atribuído a entidades sobrenaturais⁵.

Estes seres imaginários manifestavam-se através de uma força natural, um animal, uma pedra ou uma planta (“totem”) e assim eram reconhecidos pelo homem primitivo, cujo agrupamento – aliás – determinava-se pela similitude de culto a estes elementos. Pode-se dizer, portanto, que as relações do homem

⁴ Há autores que preferem discorrer sobre a vingança privada antes mesmo da vingança divina. Por todos, vide NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 1. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. p. 20 e ss.

⁵ Em relação a este vínculo mágico-religioso alguns trechos da doutrina são bem elucidativos: “A interpretação racional dos fenômenos, tão característica de uma cultura evoluída, baseada na construção conceitual, não explica claramente os fatos sociais primitivos, porque a mente do homem primitivo não se regia por uma lógica inteiramente construída, como a nossa, sobre os princípios de identidade, contradição e razão suficiente”. (SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. t. 1. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Ed. TEA, 1951. p. 49); “O homem primitivo considerava tudo aquilo que ultrapassava o seu limitadíssimo conhecimento, quase sempre fruto de uma forma insipiente de observação e que alterava a sua vida normal, como fruto de influências malignas, sobrenaturais, emanadas de seres fantásticos, habitualmente antropomásticos, dotados de poderes fantásticos, que só poderiam ser compreendidos através da magia”. (PIERANGELI, José Henrique. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. In: *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 339-340).

primitivo eram essencialmente totêmicas, surgindo destas mesmas relações a necessidade de se observar – dentro do mesmo grupo - certos mandamentos tácitos de origem igualmente mágico-religiosa.

É precisamente dentro desse contexto que surge a figura do “tabu”⁶. “Tabu” é uma proibição de fundamento mágico, não sendo – ao menos no sentir de JIMENEZ DE ASÚA - de todo incorreto “chamar estas proibições de leis dos deuses que não devem ser infringidas”⁷. Essa é também a percepção de PIERANGELI, ao afirmar que o tabu “implica uma proibição sagrada que afasta o contrato de qualquer pessoa. (...) A violação do tabu atrai para o violador castigos tremendos: doença, loucura e morte. (...) O tabu, portanto, é lei religiosa, e, como tal, uma expressão do controle social dos povos, garantido pelas sanções sobrenaturais”⁸. Pode-se concluir, pois, que – dentro da “vingança divina” - a infração era uma desobediência ao “tabu”, um verdadeiro atentado contra os deuses, enfim, uma ofensa ao divino de matiz essencialmente totêmico.

Pois bem, o “tabu” violado pela exigia uma contundente expiação, vez que – com a prática da infração – supunha-se que a divindade ofendida pelo delito retiraria sua proteção ao grupo onde se cometeu o crime. Logo, a sanção constituía-se uma forma de reação coletiva contra o autor do crime, importando muitas vezes o seu sacrifício, tendo por finalidade desagrar a divindade, evitando que esta se vingasse, castigando todo o grupo. Ou seja: a sanção era uma forma de aplacar a cólera e a ira divinas. O autor do crime era expulso do grupo ou, até mesmo, como já salientamos, sacrificado, para evitar a vingança sobrenatural. A título exemplificativo podemos elencar que - no Direito Penal Germânico, conforme nos aponta CUNHA LUNA em percuente estudo⁹ – os enforcados eram oferecidos ao deus “Wotan”, enquanto que os enterrados vivos eram dedicados às divindades dos pântanos.

⁶ “Embora não se possa precisar com rigor, é bastante provável que sejam da mesma época as proibições conhecidas como *tabus*, palavra que, segundo se afirma, é de origem polinésia e não comportaria exata tradução, pois significa ao mesmo tempo o sagrado e o proibido, o impuro, o terrível” (PIMENTEL, Manoel Pedro. A pena através do tempo. In: *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 118-9).

⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*. t. 1. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Losada, 1956. p. 205.

⁸ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 341.

⁹ LUNA, Everardo da Cunha. Direito penal germânico. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 50-65.

Portanto, na “vingança divina”, a sanção possui um caráter sacral de proteção do grupo. Na visão de ANÍBAL BRUNO há a necessidade da “busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou”¹⁰, permitindo-se, por conseguinte, a reconquista da benevolência dos deuses. E o mais interessante de toda esta sistemática sancionatória é notar que as ofensas contra os deuses se castigavam neste mundo e não no porvir dos espíritos porque ainda não se distinguia com exatidão os mandamentos de Deus do estatuto dos homens¹¹.

Seção 2 – Vingança Privada.

Tradicionalmente, num segundo momento “histórico-evolutivo”, analisa-se a denominada “vingança privada”. As abordagens teóricas sobre esta etapa costumam retratá-la como sendo precisamente aquela que comporta, enquanto reação ao delito, verdadeiros atos de guerra, sejam estes atos empreendidos entre tribos diversas ou até mesmo realizados dentro do próprio agrupamento. Aliás, por força do hábito, salienta-se que esta forma de vingança pode assumir duas feições. Fala-se, primeiramente, em “perda da paz” (banimento) na hipótese em que a ofensa provenha de um membro pertencente ao próprio grupo ofendido. Esta sanção consistiria na expulsão do indivíduo infrator, com a conseqüente retirada da proteção do grupo, fato que – invariavelmente – levava-o à morte, posto que o ofensor ficava exposto às intempéries naturais e suscetível aos ataques dos demais grupos¹².

De outro lado, se a infração fosse praticada por um membro não pertencente ao grupo, menciona-se como forma de reação do grupo ofendido a “vingança de sangue”, legítima guerra de tribo a tribo. Esta específica modalidade de reação deve ser compreendida a partir de uma inarredável premissa: havia um forte sentimento de adesão do indivíduo ao grupo social. Esta solidariedade existente entre os membros de um mesmo grupo engendrou reações não

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967. p. 55.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. cit. p. 205.

¹² PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 36.

circunscritas à pessoa do ofensor, viabilizando a destruição de grupos familiares inteiros em consequência da guerra grupal. De fato, como pontifica PIMENTEL: “Não raro a vingança do sangue provocava a retaliação contra grupos familiares inteiros, dizimando-os e destruindo tudo aquilo que lhes pertencesse”¹³. Tratava-se, pois, de uma autêntica hecatombe, materializada numa reação impessoal e flagrantemente ilimitada.

Dentro do próprio grupo ou entre tribos diversas, a vingança privada não observava quaisquer critérios de proporcionalidade ou medidas de justiça, visto não existir – ao menos num primeiro momento - nenhuma instrumentalidade na limitação dessa forma de reação. Ocorre que, com a quase completa dizimação das tribos proporcionada pela vingança de sangue, os grupos envolvidos na ofensa perceberam a necessidade de se tornar menos vulneráveis aos demais agrupamentos, mostrando-se útil – a partir de então – a imposição de limites àquela vingança outrora descontrolada. Não é diverso o entendimento de ROBERTO LYRA, para quem “a limitação da vingança visava à eficiência do grupo para a guerra, que exigia o concurso de todos os homens válidos”¹⁴.

Não resta a menor dúvida de que o enfoque do aparecimento dos sistemas talional e composicional enquanto verdadeiros limites à vingança privada deva ser realizado dentro do espectro da necessidade política de conservação dos grupos face aos inimigos externos. Logo, não podemos cair na tentação de enxergar, já aí, uma sensível inovação que seria mediada pelas noções de “razão” e “progresso” humanos, como quer ver BITENCOURT¹⁵, ao menos em relação ao talião.

Por sinal, ao determinar a similitude da vingança, o “talião”, fielmente traduzido na idéia de que a sanção deva ser tal qual o atentado ou o dano causado, já representa um tratamento proporcional entre agressão e vingança,

¹³ PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit. p. 121.

¹⁴ *Apud* FERREIRA, Ivete Senise. O direito penal primitivo. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Ed. Saraiva, v. 27, p. 491, 1977.

¹⁵ “Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a ‘lei do talião’, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 52).

consubstanciando-se num primeiro limite à vingança privada. O sistema talional foi adotado por inúmeras legislações, dentre as quais podemos citar o Código de Hammurabi (lembramos do famosíssimo exemplo do pedreiro)¹⁶ e a Lei das XII Tábuas¹⁷; entretanto, ficou conhecido pela fórmula “olho por olho, dente por dente”, prevista na lei mosaica dos hebreus.

Esta disseminada fórmula nos sugere a existência apenas e tão somente do talião material, configurado na equivalência do suplício, impedindo-nos de recordar que temos uma outra modalidade de talião: o talião simbólico. Mediante a utilização desta categoria de talião deve-se castigar corporalmente o delinqüente exatamente no órgão utilizado para a prática do delito: deve-se decepar as mãos do ladrão, cortar a língua do caluniador, castrar o autor de um estupro, marcar o rosto da adúltera e assim por diante. Aliás, esta última forma de talião comportava a substituição do ofensor por um escravo, poupando-se o verdadeiro ofensor, situação que muitos preferem qualificar enquanto hipótese de composição, vez que esta substituição dependia da anuência do ofendido.

Material ou simbólico, o fato era o de que o talião também se constituía num sistema que enfraquecia os grupos perante os inimigos externos, já que – diante do grande número de infrações - as populações ficavam cada vez mais deformadas e mutiladas. Nesse sentido, parece-nos acertada a conclusão de PIMENTEL: “Olho por olho, o resultado era a cegueira parcial de duas pessoas. Braço por braço, a consequência era a invalidez de dois homens, enfraquecendo-se o grupo frente aos inimigos externos”¹⁸.

Mostra-se oportuno, então, o surgimento de um outro modo limitador da vingança privada; adota-se, convenientemente, a “composição”, sistema pelo qual se permite ao ofensor adquirir a sua liberdade, esquivando-se do castigo a ser imposto pelo ofendido. Compensa-se o dano mediante o pagamento de uma certa importância em dinheiro ou, na ausência deste, através do oferecimento de bens

¹⁶ “Numa antiga legislação da Babilônia, editada pelo rei Hammurabi (1728-1686 a.C.), encontramos que, se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; mas se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 102).

¹⁷ Tábua VII – *De delictis*: 11. Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se houver acordo.

¹⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit. p. 122.

ou prestação de serviços. No interior dos grupos a “perda da paz” dá lugar ao “preço da paz” (reparação prestada pelo ofensor ao seu próprio grupo), ao passo que, nas relações entre os grupos, a “vingança de sangue” cede espaço ao chamado “preço de sangue” enquanto forma prioritária de resolução dos dissídios.

Assim como o talião, a composição pode operacionalizar-se mediante dois distintos modos de aplicação. PIERANGELI os elenca: “(i) Há uma ‘composição voluntária’, resultante de um acordo de vontades entre o autor do fato e a vítima ou seus familiares. Se ao acordo não se chegar, a composição é descartada e se retoma as formas primitivas ou particulares de sanção cabível; (ii) Há uma ‘composição forçada’, pois, a legislação ou os costumes, as regras cívicas ou religiosas, se sobrepõem sobre a vontade das partes envolvidas, e os prejudicados, sem outra alternativa, são obrigados a receber a indenização prescrita”¹⁹.

Entre este último modo de aplicação do sistema composicional podem figurar as “tréguas de Deus” e o “asilo religioso”, institutos mediante os quais o Direito Canônico contemporizou o sentimento de guerra e inimizade existentes entre os particulares. Pelo asilo religioso a Igreja acolhia o ofensor, compelindo o ofendido a aceitar a composição, enxergando na violação deste direito um verdadeiro sacrilégio. Já, pela trégua ou paz de Deus, “da tarde de quarta-feira à manhã de segunda-feira nenhuma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão”²⁰. Evidencia-se, nesse passo, a visceral contribuição do Direito Canônico para o robustecimento da autoridade pública, já que – mediante estas restrições – retirava dos particulares o poder de castigar o ofensor.

Seção 3 – Vingança Pública.

Até este momento de análise das épocas da justiça punitiva nos deparamos com sanções que objetivavam ou a proteção sacral do grupo, garantida mediante sacrifícios cruentos e, de forma mais branda, rituais de purificação; ou, dentro de um outro modelo, o resgate da honra do grupo ou

¹⁹ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 345.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 41.

particular ofendido com a prática da infração, através de vinganças coletivas e individuais. Neste ponto, então, surge a usual interpretação de que o Estado - enquanto autoridade pública fortalecida pelas limitações impostas pelo Direito Canônico -, assumindo o poder-dever de castigar o delinqüente com o fim de manter a ordem e a paz sociais, põe fim à vingança privada, aparecendo como resultante de todo este fenômeno a “vingança pública” (verdadeira pena). Este é o enfoque, por exemplo, de JIMENEZ DE ASÚA, ao prelecionar que, aqui, “o Estado aparece em plena posse do direito de punir, que por sua parte BINDING localiza no momento em que o delinqüente não perde já a paz por sua conduta. É, então, quando propriamente aparecem as *penas* e o *direito subjetivo* do Estado em castigar”²¹.

Portanto, de acordo com a perspectiva dessa mesma linha teórica deve-se divisar o conceito de “vingança” do conceito de “pena”, posto que estas figuras encontram-se antagonizadas em virtude de sua distinta fundamentação. Aquela se justifica por postulados da natureza humana (de origem fisiológica mesmo), enquanto que esta deita raiz na necessidade de manter uma certa formação social, viabilizando a existência de um poder organizado. É desse sentir PIMENTEL, para quem, “a pena seguiu sendo uma reação contra o mal, fundada racionalmente na necessidade de manutenção da ordem e da paz na comunidade, enquanto que a vingança permaneceu como uma forma de reação da natureza humana, despertada irracionalmente pelo dano”²².

Todavia, parece-me equivocado deduzir a fundamentação da “vingança” apenas e tão-somente das características naturais dos homens, deixando-se de lado as características socialmente condicionadas por um determinado modelo de sociedade. Não podemos nos esquecer que os atos de vingança eram eminentemente sociais, ainda que – em muitas ocasiões – estivessem vinculados única e exclusivamente a disposições individuais. Ora, na “vingança divina” tínhamos o sacrifício do autor da infração em prol do grupo, já que a imposição da sanção libertava o grupo da impureza originária do crime; já, na “vingança privada”, perdia-se a paz ou se instalava a guerra entre os grupos como forma de manter florescentes a respeitabilidade e a temibilidade do grupo ofendido pela

²¹ JIMENEZ DE ASÚA. Op. cit. p. 211.

²² PIMENTEL, Manoel Pedro. Op. cit. p. 121.

infração. Em suma, a “vingança” deve ser esquadrihada por um olhar que vislumbre o indissociável intrincamento existente entre o biológico e o social.

Seção 4 – A descontinuidade histórica em Direito Penal.

Ao meu ver seria mais correto reservar o termo “vingança pública” para referendar o momento em que se processa a secularização da justiça punitiva, fenômeno que, como veremos ao término deste capítulo, não toma parte somente do cenário pré-moderno de conformação dos Estados Nacionais. É que, a todo custo, devemos tentar nos livrar do entranhado método histórico-tradicional (caudatário do “positivismo histórico”), que simplesmente narra os acontecimentos, enlaçando-os num suceder factual e insosso, tendo como amarras teóricas a neutralidade e a objetividade do historiador. Esta forma de proceder histórico, tão fielmente retratada por BENJAMIM como sendo aquela em que o historiador “desfia entre os dedos os acontecimentos, como as contas de um rosário”²³, traz inevitavelmente um empobrecimento teórico na abordagem do passado jurídico, vez que – ao não dispor de nenhum conteúdo crítico ou deslegitimador do presente – apresenta-se como verdadeira “concubina” da ordem instituída, justificando e entronizando – de forma reacionária - o direito vigente²⁴.

²³ BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Trad. Sergio Paulo Rouanet. 2. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986. p. 232.

²⁴ Em primeiro lugar, BENJAMIM procura retratar o método tradicional em história: “O historicismo culmina legitimamente na história universal. A história universal não tem qualquer armação teórica. Seu procedimento é aditivo. Ela utiliza a massa dos fatos, para com eles preencher o tempo homogêneo e vazio”. (*Ibid.* p. 231). (...) Simultaneamente, também divisa o método materialista-histórico que lhe serve de contraponto: “A crítica da idéia de progresso tem como pressuposto a crítica da idéia dessa marcha. A história é objeto de uma construção cujo lugar não é o tempo homogêneo e vazio, mas um tempo saturado de ‘agoras’. (*Ibid.* p. 229). (...) Diante desse embate metodológico em história, BENJAMIM se posiciona: “O historicista apresenta a imagem ‘eterna’ do passado, o materialista histórico faz desse passado uma experiência única. Ele deixa a outros a tarefa de se esgotar no bordel do historicismo, com a meretriz ‘era uma vez’. Ele fica senhor das suas forças, suficientemente viril para fazer saltar pelos ares o *continuum* da história. (...) Considera sua tarefa escovar a história a contrapelo”. (*Ibid.* p. 230-1; 225).

Nesse lance, calha à fiveleta sintetizar a releitura que FOUCAULT²⁵ empreende quanto à passagem da “vingança privada” à “vingança pública” – ao menos no que se refere àquela que presidiu o fenômeno moderno da estatalidade. De início deve-se ressaltar que FOUCAULT, assim como BENJAMIM, não acredita em linearidade histórica. Pelo contrário, ele é um vibrante e ardoroso defensor da descontinuidade histórica. Com a adoção deste método reconhece-se que o caminho histórico não é tão linear e evolutivo, obstaculizando-se – por via de consequência - a aceitação de teorias da história cíclicas e progressivas, que se pautam pela verossimilhança da idéia da acumulação progressiva de fatos. Segundo esta postura revisionista o que há, em verdade, é uma sucessão de marchas e contramarchas, aniquilando-se, com isso, a percepção tradicional que procura significar toda e qualquer inovação enquanto um acréscimo de racionalidade e um símbolo de progresso. Justamente por isso, deve-se rechaçar a interpretação comumente efetuada de que a passagem da vingança privada para a vingança pública representaria um acréscimo, um “*plus*” na racionalidade já existente.

Nessa abordagem revisionista FOUCAULT – em primeiro lugar - procura retratar o modelo conhecido como o da “vingança privada”. Destaca ele que, na sociedade feudal, a circulação de bens não estava assegurada pelo comércio, visto que este era incipiente, sendo proporcionada – a rigor - pelas ações e pelos litígios judiciais. Era precisamente um modelo belicoso de solução dos dissídios, consubstanciado sob o signo das armas, que permitia a acumulação de riquezas. Enfim, era um mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios, orientado pelo “duelo judicial” enquanto meio de prova do direito, e dentro do qual a infração era concebida como um dano que um indivíduo causa ao outro, que viabilizava a manutenção do “*establishment*” político-econômico. Compreende-se, assim, a concentração das armas e do “poder judicial” nas mãos dos mais poderosos.

Pois bem, percebendo isso, as primeiras grandes monarquias medievais do século XII apropriaram-se deste mecanismo de acumulação de riqueza. Os confiscos propiciaram às monarquias medievais um certo fôlego financeiro. Ora, a

²⁵ O desenvolvimento das linhas seguintes mergulha raízes em FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau/PUC-RJ, 1996. p. 53-78. (Conferência III).

partir deste momento, por evidente que a “justiça” deve abandonar a sua faceta inter-individual, representando obrigatoriamente uma tarefa de um poder exterior. Dessa forma, a infração deixava de ser um dano de um indivíduo ao outro, passando a assumir a feição de um dano ao soberano, ao Estado, à lei do Estado. Surge, também, a figura do procurador, representando o soberano, já que este – enquanto vítima do dano – não poderia arriscar a sua própria vida e seus próprios bens no desafio ou combate individual. Enfim, o modelo belicoso não pode ser mais aplicado.

Se aplicarmos este método – o da descontinuidade histórica – ao estudo das fases da justiça punitiva, podemos concluir que essas fases não se sucedem de maneira nítida, uma após a outra. Essas etapas – vingança divina, vingança privada e vingança pública – não se apresentam de forma isolada ou compartimentalizada, sendo totalmente equívoco pensar que uma fase só aparece historicamente quando completamente esgotada a anterior. Aliás, é interessante notar que a abordagem trivialmente encontrada nos manuais e tratados também chega a essa mesma conclusão²⁶, sem sequer notar qual é o método histórico que possibilita este desfecho. Pode-se dizer, portanto, que o emprego deste novo método desvela a banalização do estudo histórico de nossos manuais e tratados, desarticulando visceralmente a estrutura vazia de conteúdo sobre a qual os mesmos se apóiam.

Este descortinamento metodológico permite-nos, assim, enumerar duas conclusões vitais dentro do estudo histórico da justiça punitiva. Em primeiro lugar, registre-se: há uma existência concomitante dessas fases em todos os períodos históricos tradicionais. Por exemplo, todo este “*iter*” é observado por inteiro tanto na Grécia quanto na Roma antigas²⁷. Em Roma, na Idade Antiga, o Direito Penal também assumiu uma feição pública. De fato, verificou-se um processo de

²⁶ Por todos, veja-se NORONHA: “Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado”. (NORONHA, Edgard Magalhães. Op. cit. p. 20).

²⁷ No tocante à Grécia Antiga há registro neste sentido na obra de ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 185; bem como na obra de DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 131.

laicização e secularização do Direito Penal, mediante o qual se abandonava paulatinamente uma concepção teocrática de Estado e do Direito. Os romanos também subtraíram o Direito dos deuses, trazendo-o sobre a terra, enraizando sua lei penal sobre uma base notadamente mundana. Para que se tenha uma idéia deste processo, o falso testemunho era severamente punido com a precipitação do seu autor do alto da rocha Tarpéia; e os crimes públicos (*delicta publica*) na Roma Imperial – como o parricídio – eram punidos inusitadamente com o arremesso do autor às águas do Rio Tibre, depois do mesmo ter sido colocado dentro de um saco de couro acompanhado de um macaco, um galo, um cão e uma cobra.

Além disso, podemos identificar todas estas fases no atual estágio de desenvolvimento da humanidade. Atualmente, na república dos “cunas” no Panamá (uma sociedade matriarcalizada, diga-se de passagem) ou – até mesmo – em algumas ilhas do Pacífico Sul (pense-se em algumas das ilhas do Arquipélago de Fiji) ainda vivemos sob o pálio da “vingança divina” e suas correlatas concepções de ‘infração’ como ofensa ao divino e ‘sanção’ como forma de desagrar esta divindade ofendida. Em atos de linchamento público assim como nas respostas desinstitucionalizadas dos famigerados “esquadrões da morte” presenciamos a vivificação de uma “vingança privada” ilimitada, sem qualquer espécie de mitigação. E até mesmo as formas limitadas de “vingança privada” são encontráveis, podendo-se mencionar a “*sharia*” muçulmana como legítimo exemplo do sistema talional de justiça, enquanto que o envio de gado pela cabila do homicida à cabila do assassinado na Somália²⁸ constituir-se-ia numa condigna manifestação da “composição”.

Enfim, é a exata compreensão deste método - e a conseqüente desconstrução do método oficial - que possibilita esta revisitação histórica. A descontinuidade histórica, enquanto ferramenta metodológica, ao evidenciar o idealismo, o acriticismo e – por conta desses fatores mesmo – o reacionarismo do modo de proceder tradicional (normalmente recheado de disfarces discursivos – como “vingança divina”, “vingança privada” e “vingança pública”), promove uma ruptura discursiva que catapulta o historiador ao papel de reconstrutor de sua

²⁸ O exemplo é de MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. p. 26.

própria ciência, permitindo-lhe – com isso – uma atuação libertária no sentido da emancipação do sujeito. Isto porque este método retira-lhe as vendas da hipocrisia e, ao escancarar-lhe a realidade, coloca-o de frente para a questão central que recorta todas estas “fases”: o poder de punir (ou, bem ao sabor de FOUCAULT, os “poderes”), com todas as suas vicissitudes.

Em decorrência, impõe-se-lhe a necessidade de um posicionamento: ou ele se posiciona ao lado do sujeito, autonomizando-se em relação ao poder instituído; ou – atuando de modo diverso – estará fadado a cumprir o mesquinho papel de enrijecedor e justificador deste mesmo poder. Desse dilema resulta o angustiante legado do método revisionista - a “má consciência” em relação às estruturas de poder e dominação - que, a partir de agora, quando nos ocuparmos do estudo das “escolas penais”, deverá mostrar-se presente em todas as nossas digressões. Desvela-se, assim, o florescente ganho teórico deste capítulo inicial.

Capítulo 2 – REPENSANDO A GÊNESE DO SABER PENAL MODERNO.

No capítulo anterior vimos ser contundentemente falsa qualquer proposta que procure – obrigatoriamente - vincular a fase da “vingança pública” à época da conformação da modernidade. Não podemos cair na sub-reptícia tentação de amoldar cada uma das fases a cada um dos períodos históricos tradicionais. De toda forma, como o nosso propósito aqui é permitir a compreensão do surgimento do modelo jusracionalista de justiça penal e – num momento posterior – dos consectários postulados do classicismo penal, faz-se necessário o estabelecimento de um recorte histórico. E este recorte histórico incidirá precisamente sobre a prática da justiça punitiva na pré-modernidade, proporcionando-se, com isso, uma devida aproximação teórica à conformação do saber penal moderno.

Parte-se, pois, de uma singular e específica forma de aparecimento da “vingança pública”: a “vingança pública” vivenciada dentro das monarquias medievais. Desnecessário dizer que, no que se refere ao poder político, havia uma relação explícita e – ao mesmo tempo – promíscua entre reis e bispos: os

reis detinham o poder temporal, mas por se apoiarem num autoritarismo com teologia (teoria do direito divino dos reis), mantinham-se unidos à Igreja Católica. Conclui-se, assim, que a “vingança pública” na pré-modernidade registra uma absoluta identidade entre o poder divino (espiritual) e o poder político (temporal), vez que a Igreja havia “conquistado” o poder temporal.

Essa sobreposição permitiu a inserção de diversos conceitos teológicos na contextura do Direito Penal, ressignificando-se o crime – enquanto atentado contra a religião e o príncipe – como verdadeiro “pecado”. De acordo com esse espectro cumulativo de “ordens” as infrações praticadas contra a Igreja Católica (feitiçaria, magia, heresia) assumiam a feição de verdadeiros “crimes públicos”. Além disso, impôs-se a noção de que o dever de perseguir o crime pertencia tanto ao príncipe quanto ao magistrado.

De outro lado, no campo religioso, a Igreja permanecia totalmente independente, registrando-se, inclusive, a instauração de uma superiora jurisdição eclesiástica. Diz-se “superiora” pelo fato de que, por diversas vezes, decisões eclesiásticas receberam execução pelos tribunais civis. Assim sendo, embora inicialmente contrária à pena capital, a Igreja – ao abandonar o réu ao poder secular – permitia indiretamente a aplicação da pena de morte, posto que somente as cortes laicas a aplicavam. E o recurso a esta pena era contumaz. Não é à toa que CARPZOV gabava-se de ter matado de dez a vinte mil mulheres histéricas, reputando-as como bruxas, pelo simples fato das mesmas serem desprovidas de fé (“*femina*”)²⁹. Mais tarde esta permissão ganhou ares de verdadeira ordem, já que – com a instituição dos Tribunais do Santo Ofício para a perseguição dos hereges – a Igreja passava a apoiar expressamente a pena de morte instituída pelas leis seculares.

Seção 1 – O modelo inquisitorial de justiça penal.

Uma vez abandonado o modelo belicoso de solução dos litígios, pelas razões já apontadas no capítulo inicial, tornou-se imperiosa a adoção de um outro modelo de justiça penal. Pois bem, o modelo encampado e alavancado pelo

²⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 24.

absolutismo medieval foi o modelo inquisitorial de justiça penal, também conhecido e configurado enquanto o “Antigo Regime”. E é justamente este modelo, tão magistralmente desarticulado por BECCARIA³⁰ em seu opúsculo crítico “Dos delitos e das penas” (1764), que procuraremos retratar fielmente a partir de agora.

A legislação penal do Antigo Regime era completamente caótica, já que havia uma multiplicidade de leis. Leis aquelas que, além de desatenderem quaisquer padrões de técnica legislativa, mostravam-se incertas e obscuras. Essa freqüente contradição interna dos textos legais permitia que os mesmos fossem suplementados pelo arbítrio do príncipe ou dos juízes, sobretudo no que se refere à definição dos crimes e à determinação das penas, fato este que gerava uma justiça essencialmente classista, pautada pela desigualdade entre nobres e plebeus. Em geral, eram leis que criminalizavam desnecessariamente algumas condutas e cujo modo de aplicação dependia da posição social que ostentava o réu na estrutura de poder da sociedade.

Processualmente falando o modelo inquisitorial de justiça penal buscava, a todo custo, estabelecer a culpabilidade do acusado, instrumentalizando-se em prol da condenação do acusado em detrimento de quaisquer garantias que se lhe pudessem reconhecer. Para tanto o processo penal do Antigo Regime seguia um procedimento de ofício, sem prévia acusação, pública ou privada; enfim, adotava-se um procedimento em que estavam ausentes tanto a defesa do réu quanto a publicidade do feito. Ademais, como se buscava com a pena o arrependimento do réu, a confissão – normalmente arrancada sob tortura – se impunha como um meio de prova essencial. Vale realçar também, ainda como forma de destacar as iniquidades processuais da época, que o emprego de meios processuais mágicos (“ordálias”) era bastante comum³¹.

³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

³¹ “Colocavam-se uma cruz e uma faca e o processado escolhia, com os olhos vendados; se optava pela cruz era inocente, se pela faca era considerado culpado. O acusado era jogado às águas dentro de um saco fechado e se sobrevivia era considerado inocente. Se passava a mão em azeite fervente ou caminhava sobre carvões sem queimar-se, era inocente”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 186).

Talvez seja interessante, aqui, resgatar a narrativa de KAFKA sobre a culpa desenvolvida em “A Colônia Penal”. Neste conto o autor toma como pano de fundo a execução de um soldado por desobediência ao seu superior. Esta execução, dirigida por um oficial do comandante da colônia, é presenciada por um explorador estrangeiro que, ao descobrir que o condenado não teve durante o processo qualquer oportunidade de defesa tampouco possuindo ciência de sua sentença condenatória, solicita explicações àquele, no que é prontamente atendido: “Tudo isso foi muito simples. Se eu tivesse primeiro intimado e depois interrogado o homem, só teria surgido confusão. Ele teria mentido, e se eu o tivesse desmentido, teria substituído essas mentiras por outras e assim por diante. (...) O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável. Outros tribunais podem não seguir esse princípio, pois são compostos por muitas cabeças e além disso se subordinam a tribunais mais altos. Aqui não acontece isso, ou pelo menos não acontecia com o antigo comandante”³².

Por fim, como consequência inafastável de todo o terror e excesso produzidos pelo direito e processo penal, ocorria uma grande crueldade na execução das penas. Tanto isto é verdade que, a despeito das rotineiras mutilações e açoites, a pena capital - normalmente aplicada por meios atrozes e brutais (esquartejamento, roda, fogueira, estrangulamento e arrancamento das vísceras) - constituía-se na principal forma de resposta punitiva do Estado. Talvez a execução de *Damiens*, com a qual FOUCAULT³³ inicia o seu “Vigiar e punir” (1975), retrate muito bem o destemperamento da execução penal da época.

Seção 2 – O modelo jusracionalista de justiça penal.

Em meados do século XVIII percebeu-se todo um movimento que, ao contestar e questionar o estado das leis penais e das práticas punitivas do Antigo Regime (modelo inquisitorial), acabou por revolucionar a justiça penal. Esse movimento reformador, cauterizado na dissipação das idéias iluministas para a

³² KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura). p. 15-6.

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. p. 9-10.

seara político-criminal, teve como pedra-de-toque a articulação de um novo modelo de justiça penal: o modelo jusracionalista de justiça penal. O iluminismo jurídico-penal, ao proclamar a difusão da razão para a área penal, esforçou-se por estabelecer um paradigma racionalizador de justiça penal em contraposição ao modelo inquisitorial.

Este esforço de racionalização da justiça punitiva foi definitivamente sedimentado na clássica obra “Dos delitos e das penas”, de CESARE BONESANA (Marquês de Beccaria), sem sombra de dúvida o principal epígono deste movimento reformador da legislação penal. Seu nome desponta entre todos os seus contemporâneos não somente pela acessibilidade da obra, escrita em linguagem não-culta (fato incomum para a época, já que as obras eram eloqüentemente redigidas em latim), como também – e, sobretudo – pela real influência que seu legado exerceu nas reformas penais subseqüentes. Assim, tomando por irrelevantes quaisquer críticas que se lhe enderecem por conta de uma suposta falta de originalidade³⁴ ou até mesmo em virtude de sua venturosa origem social³⁵, passemos às principais reflexões filosóficas e políticas suscitadas pelo autor lombardo.

A partir de um panorama filosófico pode-se dizer que BECCARIA aliou duas doutrinas efetivamente contraditórias e inconciliáveis: o contratualismo e o utilitarismo. A separação das funções estatais, a entronização do princípio da igualdade de todos perante a lei e a afirmação do princípio da legalidade dos delitos e das penas por ele apregoadas em sua obra são desdobramentos diretos da adoção da teoria do contrato social. É cediço que o contratualismo baseia-se principalmente na idéia de que o Estado, como artefato racionalmente instituído pelos cidadãos mediante um pacto, constitui-se no melhor meio de superação das vicissitudes do estado de natureza. Em BECCARIA, o contratualismo manifesta-se da seguinte forma: como o estado de natureza é um estado de guerra entre

³⁴ O espanhol JIMENEZ DE ASÚA registra que “não somente se quis retirar de Beccaria a originalidade da iniciativa – atribuída aos irmãos Verri – e na argumentação e resultados – segundo se quer corroborar o livro de Paulo Rissi –, senão a prioridade da então perigosa aventura de se fazer uma crítica implacável da prática punitiva”. (JIMENEZ DE ASÚA. Op. cit. p. 219-220).

³⁵ Na comparação que efetua entre Howard e Beccaria, BITENCOURT acolhe uma crítica disseminada no sentido de que “Beccaria realizou sua obra com pluma de papel, na paz de seu gabinete de trabalho”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 65).

todos os homens, o Estado – instituído mediante o pacto – surge como o único remédio capaz de oferecer tranquilidade e segurança aos cidadãos³⁶.

Por outro lado, não é possível deixar de mencionar que a sua obra orchestra-se em torno de um flagrante utilitarismo. Ao pugnar que a finalidade da pena é prevenir os delitos antes mesmo de castigá-los (prevenção geral negativa), legitimando-a somente enquanto uma forma de resposta do Estado proporcional, determinada, rápida, eficaz e necessária à conservação do bem comum³⁷, BECCARIA subscreve a centralidade do critério da “utilidade” em sua ossatura teórica. Nos trechos em que sustenta a necessidade da abolição da tortura³⁸, rechaça o emprego da pena de morte³⁹ e evidencia ser fundamental para a dissuasão do comportamento criminoso a certeza da aplicação da pena⁴⁰ (e não a severidade do castigo) também se observa a moldura utilitarista. Como se sabe, o utilitarismo é uma doutrina moral teleológica ou conseqüencialista. Dessa forma, por trabalhar com os efeitos da ação humana, a idéia de “justo” não está justaposta à idéia de “bem”, e, sim, à idéia de “utilidade”, ou seja, está adstrita à

³⁶ “As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. (...) Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997. p. 41; 43).

³⁷ É célebre o desfecho da obra: “De quanto se viu até agora pode tirar-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada pena não seja a violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis”. (BECCARIA, Cesare. *Ibid.* p. 139).

³⁸ BECCARIA, Cesare. *Ibid.* p. 69-76.

³⁹ BECCARIA, Cesare. *Ibid.* p. 94-102.

⁴⁰ “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”. (BECCARIA, Cesare. *Ibid.* p. 91-2).

concepção daquilo que maximiza o “bem” (consagrando-se a fórmula da “máxima felicidade compartilhada pela maioria”).

Para LUIZ LUISI, todavia, o contratualismo e o utilitarismo são posturas filosóficas completamente antagônicas: “Se o Estado deve realizar a felicidade do maior número, - como preconizam os utilitaristas, - não pode sentir-se e estar vinculado ao que no Pacto Social lhe foi concedido pelos indivíduos, para proceder a escolha dos rumos e dos fins destinados para chegar àquela felicidade da maioria”⁴¹. Essa crítica é reforçada pelo fato de que o utilitarismo, de per si, é altamente censurável. Ora, ao equiparmos o “justo” ao “útil”, passamos a admitir como moralmente corretas a punição de um inocente para conter uma onda de criminalidade, a tortura de uma pessoa para salvar a vida de outra, etc. Questiona-se, então, a seletividade destas teorias, uma vez que dizem respeito apenas a um dos aspectos da moralidade. De fato, não se pode permitir a redução do “justo” à noção de “útil”. Quanto a este princípio de que “direito é tudo aquilo que for útil ao povo”, RADBRUCH concluiu, criticamente: “Desta maneira, a identificação do direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um Estado-de-Direito num Estado-contra-o-Direito. Não, não deve dizer-se: tudo que for útil ao povo é direito; mas, ao invés, só o que for direito será útil e proveitoso para o povo”⁴². Aliás, esta observação já havia sido feita por CÍCERO, ao apontar que “uma coisa não é boa por ser útil, mas, ao invés, sua utilidade resultará da bondade”⁴³.

Agora, conquanto se ressaltem as suas incoerências filosóficas, não se pode deixar de laurear-lhe pelo mérito de, ao associar o contratualismo com o utilitarismo, fomentar o reconhecimento de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado. Na concepção de BECCARIA o homem, ao renunciar apenas parcialmente às suas liberdades e prerrogativas em prol da ordem e segurança comuns, está protegido frente a toda e qualquer forma de intervenção estatal arbitrária, especialmente no que se refere aos direitos não

⁴¹ LUISI, Luiz. Sobre Cesare Beccaria. In: *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1991. p. 120.

⁴² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Ed. Sucessor, 1979. p. 416.

⁴³ *Apud* MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 2. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1995. p. 296. n. 222.

alienados no contrato social. Categorizam-se, assim, os direitos inalienáveis, que conformam um núcleo de inviolabilidade moral do homem, blindado como forma de sufragar a onipotência e a avidez estatais. Concebe-se o homem como um fim em si mesmo, inadmitindo-se que o Estado o focalize como um mero instrumento.

Seção 3 – A releitura foucaultiana em “Vigiar e Punir”.

Aqui também se mostra imprescindível resgatar a releitura que FOUCAULT realiza quanto à passagem do paradigma inquisitorial ao paradigma jusracionalista que, em termos bem esquemáticos, pode ser sintetizada nos seguintes acontecimentos: (i) o desaparecimento do suplício (passa-se a um modelo em que se utiliza racionalmente o tempo); (ii) a supressão do espetáculo punitivo (a punição dá-se distante da encenação pública, num lugar cada vez mais abstrato no imaginário popular); (iii) a anulação da dor (as “mil mortes” são substituídas por “uma só morte”, rápida e com a menor aflição possível); (iv) a penalidade dirige-se ao incorporal (as penas passam do corpo à alma)⁴⁴.

A visão corriqueira deste fenómeno (visão humanista e idealista) parte do pressuposto que a passagem do “punir” ao “vigiar” ocorre em virtude de um “*plus*” de racionalidade, isto é: baseia-se no postulado de que é inerente ao homem o caminho em direção ao progresso (o uso da razão faz com que o presente seja necessariamente melhor do que o passado), enfim: que se deve aceitar irrestritamente a idéia de “continuidade histórica”. Mas, como já vimos, FOUCAULT diverge frontalmente deste método de interpretação. Para ele, esta passagem – bem como o surgimento de específicos saberes e discursos científicos relacionados a ela (criminologia, psiquiatria, etc.) – só pode ser explicada mediante uma “anatomia política do corpo”, vale dizer, em última análise, a história dos mecanismos punitivos está diretamente ligada à história da disciplina do corpo dos indivíduos. Nesta perspectiva, FOUCAULT elege como alvo teórico a oposição entre uma “antiga justiça bárbara” e uma “moderna justiça

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. o nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. p. 9-24.

humanitária”, tentando – através de um método revisionista - desvelar a sua falsidade⁴⁵.

Para demonstrar esta veleidade procura, em primeiro lugar, descrever o modelo inquisitorial, ressignificando a técnica do suplício. Assinala FOUCAULT que o suplício não é uma lei do talião obscuramente admitida; que o suplício do corpo e seus desdobramentos podem ser cruéis, mas não são irregulares nem selvagens; que, enfim, o suplício é uma tecnologia punitiva que, como qualquer outra, pode ser explicada. Por um lado, o suplício é um instrumento de revelação da verdade. A tortura – no Antigo Regime – além de ser prevista nos regulamentos, é uma forma de estabelecimento da verdade. É um “jogo judiciário” que pode levar à absolvição do acusado caso ele vença o duelo (suporte as dores impelidas no interrogatório). De outro lado, o suplício é uma forma de reativar o poder do soberano, violado pelo crime. Aliás, os excessos e rigores dessa época só podem ser explicados mediante a constatação de que todo crime colocava em xeque o poder do príncipe, sendo todo criminoso considerado um regicida em potencial. Em sendo o seu poder desmedido, ilimitado e arbitrário, a repulsa àqueles que contra ele atentavam deveria portar este mesmo desequilíbrio⁴⁶.

Depois, FOUCAULT perscruta as efetivas razões que levaram o modelo inquisitorial, alicerçado sobre o mecanismo punitivo do suplício, à bancarrota. Em sua ótica basicamente foram duas as razões da ruptura do paradigma inquisitorial: (i) o perigo político da violência do suplício reverter-se contra o poder; (ii) a reorganização interna da delinquência, que deixa de ser uma ilegalidade de direitos e passa a ser uma ilegalidade de bens. De fato, a liturgia punitiva do suplício – em que a população que o presencia é convidada a participar da execução, demonstrando sua fidelidade ao príncipe – permite que haja uma reviravolta nesta reativação do poder soberano: a população, aterrorizada, em muitas vezes solidariza-se com o delinqüente, ao invés de escarnecê-lo e tripudiá-lo. Isto ocorre em virtude do fato de que, estando prestes a morrer, o condenado não poupa o poder e seus operadores (especialmente a magistratura). Estas

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 24-29.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 30-48.

“emoções do cadafalso” evidenciam que o tiro pode sair pela culatra: o poder do soberano, ao invés de sair fortalecido do fausto punitivo, deixa-o espezinhado⁴⁷.

De outro lado, a economia de ilegalidades se transformou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A partir do momento em que houve um aumento geral da riqueza e um assustador crescimento demográfico, tudo dependendo então do acúmulo de propriedade e respectiva extração do lucro desta, a ilegalidade popular passa das ofensas aos direitos (contrabando, luta armada contra o fisco, etc.) para as violações dos bens (pilhagem, roubo, etc.). Neste modelo social ocorre uma diferenciação bem clara na economia interna das ilegalidades: enquanto à burguesia cabia a ilegalidade dos direitos; às classes populares pertencia a ilegalidade dos bens. Assim, o movimento reformador – “humanitário” e “suavizador” – só pode ser compreendido enquanto um instrumento apto a limitar esta ilegalidade sempre desperta do povo⁴⁸.

É nesse contexto que deve surgir uma tecnologia social baseada na defesa da sociedade, e não na vingança do soberano. Como o alvo, agora, é mais tênue e largamente difuso no corpo social, deve-se reformular a tecnologia punitiva. Deve-se, em primeiro lugar, buscar uma técnica mais eficaz, menos severa e mais vigilante (daí o discurso eficientista de que é a certeza da aplicação da pena que impede o alastramento do sentimento de impunidade, e não a duração da punição), que seja universal e homogênea em seu exercício. Nesta pretensão de reduzir todo o domínio difuso das ilegalidades (universalizando e generalizando o poder de punir), a nova técnica punitiva deve revestir-se de um horizonte de verdade e certeza, do qual devem ser expulsos os excessos (tortura) e as lacunas (arbitrio). A pulverização da delinquência exigia uma pena sutil e eficaz.

Além disso, deve-se diminuir o seu custo econômico e político, aumentando os seus circuitos, vale dizer: a pena cumpre um papel de sinal-obstáculo num jogo de representações (daí se explica, num primeiro momento, a execução da pena aberta ao público, que dela extrairá lições), que deve ser reproduzido cotidianamente nos espaços mais difusos do corpo social. A punição deixa o corpo e toma conta da representação. Neste prisma, o corpo do condenado deixa de ser “coisa do rei” para se tornar um “bem social”, objeto de uma apropriação

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 49-54; 63-64.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 64-75.

coletiva e útil. A substituição da marca pelo sinal dá-se no plano fixo e abstrato da razão, resultando ser política e economicamente mais útil⁴⁹.

Enfim, FOUCAULT tenta demonstrar que só houve a passagem de uma arte de punir para outra, não necessariamente mais racional e humanizada. Na precisa observação de ANDRADE, “mutação técnica” é a chave de compreensão da obra foucaultiana⁵⁰. Isto porque, para ele, o nascimento da prisão deve ser compreendido dentro do marco de transformações sociais, políticas e econômicas da sociedade capitalista⁵¹. Neste prisma, a prisão só se justifica enquanto instrumento estrategicamente utilizado para tornar o homem economicamente útil (a reconstrução do “*homo economicus*”) e politicamente dócil. Todo o discurso engendrado pela ideologia da defesa social (e pelo saber penal moderno) não passa, portanto, de um estratagema político-econômico a serviço dos interesses da burguesia⁵². Tanto que, a seu ver, é plenamente falacioso o discurso de que a prisão originalmente cumpria as suas funções declaradas, mas que – somente agora – passa por uma crise quanto ao cumprimento destes mesmos fins. Para

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Ibid.* p. 76-94.

⁵⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 196.

⁵¹ Optando por esta postura metodológica, FOUCAULT subscreve o materialismo histórico de MARX, ilustrado neste importante trecho da obra deste último: “A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência”. (MARX, Karl. Prefácio da contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. Organizado por Florestan Fernandes. 3. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1984. p. 233). Aliás, deve-se realçar que os itinerários teóricos de MARX e FOUCAULT não se excluem, antes se complementam, encontrando diversos pontos de apoio. Tanto que, certa feita, numa entrevista a uma revista francesa, FOUCAULT afirmou ser verdadeiramente um pleonasmo qualificar um historiador atual enquanto “marxista”. (FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: *Microfísica do poder*. Trad. e Org. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2001. p. 142-143.

⁵² “Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa e perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 191).

ele, a prisão desde o seu nascimento nunca cumpriu – e tampouco poderia cumprir – com estes fins ressocializantes⁵³.

Capítulo 3 – CLASSICISMO E POSITIVISMO: A FALSA OPOSIÇÃO.

Independentemente da desconstrução teórico-metodológica propiciada pelas lentes de FOUCAULT em “Vigiar e Punir”, deve-se reconhecer que - com a obra de BECCARIA – consolida-se uma nova perspectiva político-criminal: a de que o Direito Penal deve ser considerado em função do indivíduo (e não mais em função do Estado), servindo este mesmo Direito como um instrumento de preservação da dignidade da pessoa humana frente à tirania estatal. Consagrando os postulados filosóficos do Iluminismo e alinhavando premissas contratualistas e utilitaristas, BECCARIA fundou o individualismo enquanto mote filosófico desta nova perspectiva político-criminal; sem, todavia, demonstrar preocupação com a estruturação dogmática dos problemas fundamentais relacionados ao Direito Penal. Essa construção sistemática foi sendo desenvolvida apenas no transcorrer do século XIX, alcançando o seu apogeu com a publicação da obra “Programa do curso de direito criminal”, cuja autoria pertence a FRANCESCO CARRARA⁵⁴.

Seção 1 – O classicismo penal.

Via de regra, portanto, identificam-se duas grandes fases pelas quais atravessou o pensamento penal moderno: a primeira (teórico-filosófica), centralizando seus esforços na deslegitimação do Antigo Regime - realçando sua dimensão negativa -, descuidou-se da tarefa de estruturar organicamente as suas concepções dogmáticas sobre os fenômenos elementares do Direito Penal; a segunda (ético-jurídica), por sua vez, marcada pela influência do jusracionalismo no Direito Penal, consagrou-se pela atenção que os autores emprestaram à

⁵³ FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: *Microfísica do poder*. Trad. e Org. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2001. p. 129-143.

⁵⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. v. 1. Trad. José Luiz V. de A. Francheschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Ed. Saraiva, 1956.

organização e sistematização das questões fundamentais do Direito Penal dentro de uma moldura dogmática. Desse modo, se BECCARIA pôde ser reputado como o precursor filosófico do classicismo penal, coube – justa e dignamente – à CARRARA o papel de principal artífice da dogmática jurídico-penal clássica.

Em nenhuma hipótese, no entanto, estamos a afirmar com isso que, dentro deste segundo grande período de desenvolvimento do pensamento penal moderno, tenha existido uma verdadeira e legítima “Escola Clássica”. Vale lembrar que a denominação “clássicos” foi empregada pelos positivistas – em decorrência da sugestão formulada por FERRI em 1880 num congresso da “Escola Positiva”⁵⁵ – com um nítido caráter depreciativo (significando “caduco”, “arcaico”, “ultrapassado”), sendo, portanto, uma nomenclatura completamente estranha ao tempo do advento desta corrente de pensamento. Mas, em que pese evidenciar-se uma heterogeneidade de concepções muito grande (sobretudo quanto ao fundamento e finalidade da pena) no transcorrer de seu desenvolvimento⁵⁶, admitimos, isto sim, a identificação do Mestre de Pisa enquanto aquele autor que melhor articulou as premissas jusnaturalistas dentro de uma sistematização individualista de Direito Penal.

Pelo jusnaturalismo o direito não deve ser focado como um produto histórico, mas sim como algo que deve deduzir-se lógica e abstratamente da natureza do próprio homem. No sentir de BARROSO, “sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo”⁵⁷. Uma vez agasalhada esta concepção, apregoa-se inevitavelmente um direito imutável e

⁵⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 45.

⁵⁶ “A expressão ‘escola clássica’ foi uma invenção de Enrico Ferri. Segundo Ferri, há uma escola ‘clássica’ do direito penal, fundada por Beccaria, integrada por todos os penalistas não positivistas e capitaneada por Carrara. (...) Semelhante ‘escola’ seria mais condizente com um congresso pluripartidarista. Ocorre que para Ferri foi conveniente classificar sob um mesmo rótulo todos os penalistas que não compartilhavam seus pontos de vista”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 299).

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1., n. 1., p. 33, 2001.

eterno, seja lançando bases sobre a razão humana, seja defendendo a origem divina do direito. De toda e qualquer forma, e CARRARA opta pelo segundo modo de fundamentação⁵⁸, tem-se uma mentalidade anti-historicista que orienta a conformação de uma sistematização dogmática preocupada com a justificativa e os limites do poder de punir em relação à liberdade individual. Assim que, para podermos bem articular os postulados fundamentais do classicismo penal (postulados de CARRARA), devemos dimensionar com precisão a influência que a concepção racionalista de ciência, tributária do jusnaturalismo, desempenhou neste processo.

Os “clássicos” arrancam de uma concepção racionalista de ciência, pela qual se enfoca a ciência como sendo a perfeita justaposição da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo, visto que o indivíduo pode – mediante a razão - conhecer e explicar as leis gerais e universais que regem o mundo. A consequência dessa postura adotada pelos “clássicos” está em que o método científico a ser utilizado seja eminentemente dedutivo ou lógico-abstrato; vale dizer, os conceitos científicos são elaborados a partir de critérios da razão, descansando sobre abstrações apriorísticas e esquematizações lógicas, e não sobre dados da experiência jurídica. A vida concreta em sua manifestação fenomênica não interessou aos “clássicos”, sendo lapidar o esclarecimento de BETTIOL, no sentido de que “as premissas racionalistas levaram, pois, os clássicos, a um plano de indagações no qual a vida concreta absolutamente não se reflete, ou se repercute, apenas de modo muito enfraquecido”⁵⁹.

Evidencia-se, assim, o motivo pelo qual CARRARA considerava o delito, na realidade, como sendo um mero ente jurídico, e não um ente natural⁶⁰. Ora, já que

⁵⁸ “Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; deve, pois, o direito ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes, e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles”. (CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 11).

⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. v. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 14. No mesmo sentido: “Nesta Escola, portanto, a teoria penal recebe um caráter demonstrativo de um sistema fechado, que deve legitimar-se perante a razão mediante a exatidão matemática e a concatenação lógica de suas preposições”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 48).

⁶⁰ “A idéia geral do delito é a de uma violação (ou abandono) da lei, porque nenhum ato do homem pode ser-lhe censurado se uma lei não o proibia. Um ato se converte em delito apenas quando choca com a lei. Pode ser um ato danoso, um ato perverso; pode ser, a

se descuidava do “dado de fato” para se superacentuar a razão humana, o crime era considerado um “ente da razão” e, conseqüentemente, um “ente jurídico”, dada a fonte racionalista de toda norma jurídica⁶¹. Ou seja: o crime não era um “ente de fato”, um fato do homem na sua realidade fenomênica; era, isto sim, a violação de um direito, um fato juridicamente qualificado; o crime era visto como uma infração, e não como uma ação⁶². Como expôs BARATTA: “Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinqüente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência. Esta dúplici abstração se explica com a característica intelectual de uma filosofia baseada na individualização metafísica dos entes”⁶³.

Dentro desse contexto lógico-abstrato em que o delito é um mero ente jurídico, a figura do criminoso desempenha um papel de mero coadjuvante, não possuindo, ainda, *status* de objeto científico. Isto porque se reputa que todos os homens, graças à racionalidade, são iguais perante a lei. Partindo dessa premissa não se visualiza no homem delinqüente nenhuma anormalidade que o diferencie dos demais, isto é, daqueles que respeitaram a lei. Para os “clássicos” a única diferença existente entre o criminoso e o que respeita a lei é o fato, que – como já vimos – é cientificamente desconsiderado. O descaso pelo autor do crime era tão grande que MAGALHÃES NORONHA divisa a diferença entre os “clássicos” e os “positivistas” nos seguintes lemas: enquanto a Escola Clássica proclamou ao mundo: “Homem, conheça a justiça!”, a Escola Positiva objetava com o: “Justiça, conheça o homem!”⁶⁴.

um tempo, perverso e danoso; mas, se a lei o não proíbe, não será reprovado, como delito, em relação a quem o pratica. E sendo várias as leis diretoras do homem, neste conceito geral o vício (que é o abandono da lei moral), e o pecado (que é a violação da lei divina) se confundiriam com o delito”. (CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 50).

⁶¹ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 14.

⁶² “O delito civil se define como a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. (CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 48).

⁶³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 38.

⁶⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 1. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. p. 27.

Com efeito, o delinqüente é retratado como sendo um homem comum, exatamente igual aos demais. E este homem comum, justamente em atenção ao princípio da igualdade formal, está livre para optar entre o “bem” e o “mal”, sendo o delito um resultado direto de sua eleição livre e consciente pelo último em detrimento do primeiro. Ao se estabelecer que o crime só pode originar-se de uma vontade livre e consciente (“vontade culpável”) de seu autor resgata-se, em toda a sua resplandecência, o “princípio da imputação” enquanto requisito indispensável à fixação da responsabilidade penal. Imputação moralmente materializada visto ser o livre-arbítrio o fulcro da “culpa moral” que embasa a responsabilidade penal. JUAREZ TAVARES detecta esta particularidade do classicismo penal, observando que: “Todos os requisitos constantes do conceito de delito acima expostos, inclusive a alusão ao fato *politicamente danoso*, só valiam como pressupostos da responsabilidade penal (imputação), lastreada, em todo o caso, no livre-arbítrio”⁶⁵.

Se o crime é fruto de uma vontade livre e consciente do homem, estando a responsabilidade penal ancorada na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio, nada mais natural e obsequioso do que conceber a pena como forma de retribuição pela culpa moral demonstrada pelo autor do crime. A pena retributiva dos clássicos, que encontra fundamento e justificativa no delito livre e conscientemente praticado pelo delinqüente (ecoando, portanto, apenas no passado), concretada como um mal justo que se contrapõe ao mal injusto praticado pelo agente, deve ser analisada como desdobramento lógico de uma construção sistemática do Direito Penal arquitetada em torno da idéia de livre-arbítrio. Nesse diapasão, a origem do direito de punir provém do próprio Direito, frontalmente negado pelo crime deliberadamente perpetrado pelo delinqüente, servindo a pena como forma de reafirmação deste mesmo direito (meio de tutela jurídica), proporcionando – por via de consequência – a restauração da ordem externa da sociedade⁶⁶.

Seção 2 – O positivismo penal.

⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Teorias do delito: variações e tendências*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 9.

⁶⁶ Retome-se o conceito de crime para CARRARA: “O delito civil se define como a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. (CARRARA, Francesco. Op. cit. p. 48).

No último quartel do século XIX, época de acelerado desenvolvimento das ciências naturais e apogeu do positivismo filosófico, surge – em oposição àquela construção sistemática do Direito Penal em torno de uma concepção livre-arbitrista da realidade, rotulada como “clássica” – uma inovadora forma de equacionamento e sistematização dos problemas fundamentais do Direito Penal. Esta ulterior perspectiva político-criminal representa a consolidação da Escola Positiva de Direito Penal. Desta feita, é precisamente correto identificar esta corrente naturalística do pensamento penal enquanto uma verdadeira e legítima “Escola”, posto que – ao contrário dos “clássicos” – os positivistas apresentavam um caráter muito mais unitário e homogêneo, até mesmo porque tinham a preocupação de difundir internacionalmente os seus ideais (visão cosmopolita)⁶⁷. Assim sendo, por mais que se possa tradicionalmente dividir a Escola Positiva em fases, cada qual significando uma orientação diferente⁶⁸, deve-se ater para o fato de que há um senso comum no positivismo penal: uma construção sistemática dos fenômenos elementares do Direito Penal ao redor da idéia de determinismo, visto existir uma fetichização do princípio da causalidade. Aliás, a dissecação dos postulados centrais desta nova corrente requer obrigatoriamente uma exata compreensão da concepção positivista de ciência, bem como de seu tributário mecanicismo causal-naturalista.

A Escola Positiva toma como base uma concepção positivista da ciência, pela qual o universo é concebido como um conjunto de fatos causalmente determinados, cabendo à ciência descobrir e explicar como este determinismo se manifesta na realidade factual. O cientista não trabalha efetuando “juízos de valor” - que lhe permitiriam estabelecer valorações em relação a um determinado objeto -, resignando-se com o legado científico resultante dos “juízos de fato”, em que há a demonstração de evidências materialmente perceptíveis. Dessa maneira, todo o saber é experimental e empírico, ou seja: o cientista, mediante um método indutivo ou experimental, elabora um saber científico apenas sobre os dados de fato. A vida concreta em sua manifestação fenomênica interessa aos positivistas.

⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 60.

⁶⁸ Veja-se por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 85.

Em suma, o positivismo científico preconiza a transposição de um modelo típico das ciências naturais (método de observação e experimentação) para as ciências sociais e, em nosso caso particular, para o Direito Penal.

Já que apenas sobre o fato pode ser elaborado um saber científico, enfoca-se o crime em seu aspecto fenomênico. Nesse ambiente investigativo em que se “superacentua o princípio da causalidade”⁶⁹ o crime é um fenômeno natural e social como qualquer outro; o crime é visto como um ente natural, traduzido enquanto efeito de uma causa como qualquer outro fenômeno físico ou químico. Não podemos nos esquecer que o positivismo mecanicista maneja uma lei da causalidade universal, pela qual todos os fenômenos, naturais ou culturais, devem ser interpretados mediante a regra causa-efeito. Ou seja: todos os fenômenos encontram-se encadeados causalmente atuando, de modo simultâneo, como causa e efeito de outros. O delito também não escapa a esta lógica mecanicista, em que todo fenômeno é efeito de outro e causa de um terceiro. Como exemplo desta concepção causal-mecanicista podemos citar a famosa referência de VON LISZT ao delito de injúria: a ação injuriosa nada mais seria do que uma série de movimentos da laringe e uma série de ondas sonoras que chegam ao ouvido do ofendido⁷⁰. O delito, no sentir de BARATTA, “era reconduzido assim, pela Escola Positiva, a uma concepção determinista da realidade em que o homem está inserido, e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão”⁷¹.

Pois bem, se o procedimento de análise não isola a ação do delinqüente da totalidade natural e social em que ela está inserida, enfocando-a precipuamente como uma “entidade natural”, esta mesma ação – assim como qualquer outro fenômeno – torna-se cientificamente explicável no tocante às causas de seu aparecimento. Nesta paisagem fertiliza-se um terreno até então inóspito, viabilizando o florescimento de uma nova ciência (a Criminologia), que passa a se ocupar do fato e de seu autor, guindando-os ao centro de suas preocupações científicas. O delinqüente, obscurecido na penumbra classicista, retoma o papel

⁶⁹ A expressão é de BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 19.

⁷⁰ *Apud* PIZARRO BELEZA, Teresa. *Direito penal*. v. 2. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998. p. 47. É claro que, hoje, tal exemplificação soa pitoresca, mas, uma vez observado o momento histórico na qual foi formulada, devemos concluir que possuía total pertinência.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 39.

de protagonista dentro do cenário positivista. Visualiza-se, assim, uma anormalidade no homem delinqüente em relação aos demais homens. Formula-se uma concepção sintomática do delito, para qual o crime é apenas uma forma de manifestação da personalidade perigosa do delinqüente, posto estar já evidenciado no fato que aquela singular “máquina funciona mal”⁷², consagrando-se, com isso, verdadeiras teorias patológicas da criminalidade. O criminoso faz parte de uma minoria da sociedade potencialmente perigosa, não integrando a maioria “sadia” da sociedade, devendo este mesmo homem, portanto – dada a sua temibilidade - ser prontamente eliminado do convívio social. Em síntese, não se opera mais com uma noção de que o delinqüente pertence a um “tipo médio” da sociedade, mas sim com uma concepção que o destaca enquanto ser diferente dos demais⁷³.

Se a construção positivista permitiu que se focalizasse o crime como um ente natural, acatando em consequência a conclusão de que o delinqüente é um ser causalmente determinado, deve-se, a todo custo, divorciar esta teoria de qualquer vínculo com a fundamentação da responsabilidade penal na culpa moral do indivíduo. Para os positivistas a negação do livre-arbítrio devia ser peremptória. Era, deveras, inadmissível que os positivistas manuseassem a tese da capacidade de autodeterminação da pessoa porque, como destaca BETTIOL “um ato livre rompe a série causal que necessariamente liga os fenômenos entre si: a vontade não é livre, não se coloca por si mesma como causa de efeitos determinados, mas é ela própria um resultado”⁷⁴. Desse modo, o fundamento da responsabilidade moral deve ser prontamente substituído por um outro fundamento: o da responsabilidade social. Um homem não é penalmente responsável por ser moralmente imputável, mas sim pelo fato de viver em sociedade e conspurcar-lhe a estabilidade com a sua periculosidade. Este deslocamento é apregoado por FERRI, ao explicar que é o homem “responsável

⁷² “É algo análogo ao que ocorre quando nosso automóvel estraga: o mecânico o retira de circulação pelo tempo necessário para repará-lo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 300).

⁷³ “Estabelece-se desta forma uma linha divisória entre o mundo da criminalidade – composta por uma ‘minorias’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais – e o mundo da normalidade – representada pela ‘maioria’ na sociedade”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 67).

⁷⁴ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 21.

por suas ações, senão unicamente porque, vivendo em sociedade, todas as suas ações, além dos efeitos individuais, produzem os sociais, que voltam de rechaço da sociedade ao indivíduo agente, e este, necessária e inevitavelmente, pelo fato de viver em sociedade, deve sofrer aqueles efeitos, que serão úteis e bons para ele se sua ação tiver sido útil para a sociedade, e serão maus ou prejudiciais para ele, se sua ação tiver sido má ou danosa para a mesma. (...) todo homem é sempre responsável pela ação antijurídica por ele executada, somente pelo fato de viver em sociedade e enquanto viver nela”⁷⁵.

Não encontrando eco na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio a pena passa a justificar-se pela necessidade de reação da sociedade frente ao delito. Dessume-se de toda esta nova reposição teórica que a pena só se legitima enquanto um meio de defesa social. FERRI salienta que “a única razão natural e o critério fundamental da repressão dos delitos está na necessidade imprescindível da própria conservação, que domina em absoluto tanto um organismo social como um organismo animal, e que por isto, pela necessidade da própria conservação, no indivíduo como na sociedade, é e deve ser completamente independente de todo elemento de culpabilidade moral do autor de um ataque contra as condições naturais de existência do indivíduo mesmo ou da sociedade”⁷⁶.

Desplacando-se vertiginosamente da gravidade e extensão do fato pretérito, a sanção perde aquele caráter de retribuição pelo mal livre e conscientemente praticado pelo agente, e passa a ostentar uma finalidade meramente preventiva. Aliás, já que é justamente a periculosidade do sujeito que permite a imposição de uma pena, esta deve modular-se necessariamente de acordo com a periculosidade do agente e sua respectiva capacidade de reinserção social. Para os positivistas a pena encontra justificativa apenas no futuro (na perpetuação da anti-sociabilidade do delinqüente), assumindo um nítido matiz de prevenção especial positiva. Tem-se a idéia de que o Estado possa intervir diretamente sobre o autor do crime, removendo os fatores que lhe determinaram causalmente o comportamento (consertando a “máquina que funciona mal”), possibilitando-lhe, enfim, a emenda, a cura, a ressocialização, a

⁷⁵ FERRI, Enrico. *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*. Trad. Isidro Pérez Oliva. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887. p. 90.

⁷⁶ FERRI, Enrico. *Ibid.* p. 60.

reeducação, etc. Sem embargo, ao postular este sistema, o positivismo acaba por justificar uma penalidade indeterminada quanto à sua duração na hipótese em que a periculosidade do autor também o for⁷⁷.

Seção 3 – Harmonia entre clássicos e positivistas.

Esta oposição entre classicismo penal e positivismo penal normalmente nos é apresentada pelos manuais e tratados de nossa disciplina dentro do capítulo pertinente às “Escolas Penais”, não se esgotando, aliás, esta rotineira abordagem nesta dualidade aqui enfrentada. Entretanto, uma vez demarcada a linha fronteira filosófica que separa classicistas de positivistas (aqueles livre-arbitristas; estes, deterministas)⁷⁸ e reconhecendo que todas as demais escolas representam posições de compromisso entre estas duas principais⁷⁹, cremos ser obsoleta – ao menos dentro de uma visão linear e evolutiva - qualquer outra digressão que se possa fazer a respeito das demais tendências penais. Assim é que preferimos despendar esforço e tempo no sentido de demonstrar que esta tradicional oposição é falsa.

O grau de harmonia entre clássicos e positivistas é muito maior do que se possa imaginar. A conclusão é de BARATTA: “Ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ‘ideologia da defesa social’ como nó teórico e político fundamental do sistema científico”⁸⁰. De fato, se tivermos em mente que as formas de consciência não antecedem as condições materiais de existência, configurando senão resultado direto delas, podemos perfeitamente corroborar aquele entendimento.

⁷⁷ Eis o vestígio teórico da odiosa indeterminação legislativa das medidas de segurança entre nós, situação – aliás – politicamente questionável dentro de um Estado Democrático de Direito. A respeito, consulte-se: FERRARI, Eduardo Reale. Os prazos de duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 83, n. 701, p. 267-275, mar. 1994; e GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 80, n. 663, p. 257-267, jan. 1991.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 300.

⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967. p. 77.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 41.

Se repararmos bem, toda o empreendimento teórico do classicismo penal, pautado pela noção de uma retribuição proporcional, justa e utilitária, caía como uma luva para uma específica classe política – historicamente falando, a burguesia – que, por estar em ascensão política, ainda não detinha as rédeas do poder de punir (estando, ao contrário, em muitas vezes na sua linha de tiro). Agora, devidamente instalada e acomodada no poder, e sofrendo com a primeira grande crise da consolidação do capitalismo, consistente na formação de grupos de depauperados nas adjacências das grandes cidades européias, esta mesma classe política conveniente e sutilmente abandona o discurso clássico, encampando o discurso positivista que, em última análise, apregoa a eliminação do “outro” (do alvo social).

Esta interpretação em nada destoa daquela desenvolvida por ZAFFARONI, que assinala: “É curioso observar que o capitalismo incipiente inclinou-se a argumentos idealistas (contratualismo retributivo) ao enfrentar o poder da nobreza na luta pela hegemonia do Estado, no entanto o fez com argumentos práticos e positivistas quando reagiu à ameaça das massas despossuídas”⁸¹. Uma vez identificada esta similitude entre clássicos e positivistas, de nada adianta alvoroçarmo-nos a ingressar na movediça e arenosa senda de investigações que procuram delimitar o preciso momento histórico em que frondesceu a ciência criminológica. Para nós é de todo irrelevante estipular se a Criminologia brotou do classicismo, como sempre sugeriu FIGUEIREDO DIAS⁸², ou se, ao contrário, a Criminologia germinou do positivismo, caminho habitualmente pontilhado por toda a doutrina tradicional⁸³. O importante é demarcar que, de uma forma ou outra, a

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 278.

⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 5-6.

⁸³ Ressalte-se o recente posicionamento de ZAFFARONI acerca do surgimento da ciência criminológica: “As discussões sobre a origem da criminologia são estéreis. Os criminólogos etiológicos situam-na em 1876, ao passo que os da reação social (críticos liberais e radicais) localizam-na no Iluminismo, com as discussões acerca da legitimidade do poder punitivo. A criminologia, no entanto, nasceu muito antes, já que sempre acompanhou o direito penal, pois a partir da existência do poder punitivo (confisco da vítima) houve *questão criminal* e alguém exerceu o poder do discurso sobre ela. (...) Em 1484 a Inquisição recapitulou sua experiência de submissão feminina em um magnífico manual de extraordinária coerência e primorosa elaboração teórica (*Malleus Maleficarum*) que, sem dúvida, constitui o primeiro discurso criminológico moderno, orgânico, cuidadosamente trabalhado, explicativo quanto às causas do mal, suas formas de

Criminologia surge num primeiro momento como um “saber” incumbido de legitimar a ordem posta. É somente isso que devemos tomar como academicamente relevante e válido.

Capítulo 4 – A RUPTURA DE PARADIGMAS EM CRIMINOLOGIA.

Os manuais e tratados de nossa disciplina habitualmente se referem a uma “enciclopédia das ciências penais”, enquanto termo abrangente daquelas ciências que, direta ou indiretamente, ocupam-se de estudar o delito, o delinqüente e a pena, seguindo-se a esta definição – invariavelmente – uma classificação esquemática de todas estas ciências⁸⁴. Modernamente, no entanto, em atenção

aparecimento, seus sintomas e os modos de combatê-lo, isto é, integrando em um único saber ou discurso a criminologia etiológica, o direito penal e processual penal e a criminalística”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 277-8).

⁸⁴ Isto ocorre até mesmo em nossos melhores manuais, vide: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 17 e ss; BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

ao desenvolvimento da melhor doutrina alemã e espanhola, operacionaliza-se uma “tripartição das ciências penais” em Dogmática Jurídico-Penal (Ciência do Direito Penal), Política Criminal e Criminologia⁸⁵. Pois bem, metodologicamente cremos ser sensato iniciarmos a exposição pela última delas, a Criminologia, já que a esta ciência esteve sempre endereçada a missão de interpretar a realidade jurídico-penal. Antes que nos proponhamos a qualquer tarefa (re) construtiva devemos diagnosticar o que nos cerca. Daí se explica o premente estudo da Criminologia em nosso trabalho.

Seção 1 – Criminologia Tradicional (paradigma etiológico).

Como deixamos entrever no capítulo precedente a Criminologia nasce enquanto discurso autônomo precisamente no apogeu do positivismo naturalista. Identifica-se, portanto, o último quartel do século XIX como o período em que surge a Criminologia enquanto ciência, com objeto e método próprios. De forma que esta nova ciência manejará uma metodologia condizente com o positivismo filosófico então vigorante, pelo qual todo o saber é experimental. Exorta-se, assim, o intérprete (cientista) apenas a descrever a realidade, captando o objeto e relatando o que vê. Figurativamente, pode-se dizer que o intérprete deve se comportar em relação à realidade que o cerca como um espelho que apenas reflete o que visualiza. Vale dizer, o objeto a ser analisado está dotado de exterioridade, encontrando-se determinado na própria realidade natural. É que, de acordo com o positivismo filosófico, o mundo é cognoscível em si, independentemente da atuação do observador, posto que este só emite “juízos de fato”.

Partindo dessa constatação e escorando-se na idéia de que o intérprete só desempenha um ato de conhecimento em relação à realidade é que chegaremos ao primeiro postulado da Criminologia Tradicional (paradigma etiológico). Nos

p. 26 e ss.

⁸⁵ Por todos, veja-se: MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 205-216; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 17 e ss.; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. v. 1. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994. p. 41-55.

albores da ciência criminológica reputa-se que o crime (objeto) está plenamente determinado na própria realidade natural, ou seja, defende-se que existe uma criminalidade verdadeiramente ontológica, apreendida única e exclusivamente no mundo dos fatos. Sendo uma realidade natural, o crime é absorvido pelo criminólogo enquanto um dado pré-existente à própria atuação dos órgãos do sistema penal. O raciocínio que se faz presente e se alastra pela mente dos criminólogos tradicionais é o de que só existe o controle social porque, anteriormente a ele, há um crime que legitima sua intervenção. O crime é, pois, um ente pré-constituído à atuação mesma dos mecanismos sociais e institucionais de reação social⁸⁶.

Nesse contexto o delinqüente só pode ser contemplado como um ser que se diferencia dos sequiosos pela lei, vez que simboliza alguém socialmente perigoso que, sendo clinicamente observável, pode ser submetido a um processo de correção e normalização. Vimos que, nessa época, encampa-se uma concepção sintomática do delito, representando o delito uma veraz expressão de que o delinqüente é um ser socialmente temível. Presencia-se, como consequência, o resplandescimento das teorias patológicas da criminalidade que, em última análise, sugestionam a identificação da população criminosa com determinados grupos sócio-econômicos⁸⁷. São os pobres que delinqüem, afinal de contas – pelo meio social em que vivem e pelo ambiente familiar que os cerca – eles têm maiores tendências para delinqüir do que os ricos. Os pobres são mais perigosos do que os ricos. No positivismo há necessariamente uma maliciosa vinculação da figura do criminoso a uma minoria potencialmente perigosa da sociedade. No entanto, os positivistas cometem um grave e leviano equívoco metodológico: perscrutam a população criminosa somente tomando por base a clientela do sistema de justiça criminal⁸⁸.

⁸⁶ Enaltecemos a rigorosa análise de ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 4, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 38-40.

⁸⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit. p. 284-5.

Desnecessário afirmar que a Criminologia Tradicional entroniza a “ideologia da defesa social” (senso comum no imaginário popular, aliás), tendo por reflexo discursivo a “sociologia do consenso”, de acordo com a qual o Estado representaria uma comunhão igualitária dos interesses de todos os setores do corpo social, diretriz esta que reafirmaria a universalidade e a neutralidade do Direito Penal e dos órgãos do sistema penal. Aliás, diga-se com todas as letras, os criminólogos tradicionais nutrem uma profunda veneração pelo sistema de justiça criminal. Reduzidos em seu círculo acanhado sustentam ser o sistema penal igualitário e neutro, dissipando quaisquer possíveis questionamentos acerca da seletividade de sua atuação. Exatamente: o sistema penal volta-se contra certas ações em virtude de sua gravidade e extensão, nunca se dirigindo agudamente contra certas pessoas, apesar de suas ações. Além disso, conclui-se frivolamente que a missão primordial desempenhada pelo Direito Penal radica na proteção – igualitária, é claro – dos bens jurídicos essenciais e vitais de toda – é claro – sociedade, sejam estes bens jurídicos individuais ou coletivos.

Em síntese, dentro dessa perspectiva, a criminalidade é concebida como um fenômeno natural, estando causalmente determinada. Não podemos nos esquecer que se enverga uma concepção determinista da realidade, mediante a qual todos os fenômenos humanos podem ser explicados pelo princípio da causalidade. Desse modo, o delito – enquanto fenômeno humano – vai ser analisado no tocante às suas causas da mesma forma com a qual se analisa uma pedra que, perdendo o equilíbrio, rola ribanceira abaixo. O crime, que não pode ser espancado da totalidade natural e social em que ele está inserido, surge como um produto determinado por causas⁸⁹.

⁸⁹ Estas causas que provocam o aparecimento do crime podem ser explicadas, por exemplo, sob um rígido determinismo biológico (LOMBROSO), pelo qual se enfoca apenas a parte material e biológica do agente. Ou seja, o sujeito criminoso pode ser identificado por uma série de traços somáticos (anatômico-fisiológicos) e psíquicos. Tanto que, no primeiro momento de sua edificação teórica, LOMBROSO fundamentava o seu “criminoso nato” (com disposição inata para o crime) na similitude que este ostentava, por conta do atavismo, com o homem primitivo, chegando até mesmo a representar esta degeneração como uma verdadeira regressão ao selvagem. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 38-40).

E é precisamente à ciência criminológica que se endereça a tarefa de minudenciar estas causas. Assim sendo, dentro do paradigma etiológico (“estudo das causas”), a Criminologia é uma ciência que se ocupa do crime do ponto-de-vista causal-explicativo, tendo por objetivo o estudo das causas e fatores da delinquência mediante o emprego do método da observação e experimentação. Esta embocadura tradicional sempre representará as teorias criminológicas enquanto teorias da criminalidade, haja vista tomar por objeto de análise o comportamento desviante do autor. Resumo da ópera: a pergunta crucial que arrebatava por completo o criminólogo desta linhagem é o fatídico “Por que o sujeito comete crimes?”.

Reduzida pelos positivistas ao papel de mero apêndice do Direito Penal, a Criminologia, ao menos enquanto irmã bastarda da ciência dogmática, e sua correlata instrumentalização ideológica devem ser prontamente dilaceradas. Isto porque em conformidade ao paradigma etiológico o crime é interpretado como um mero episódio individual, legitimando-se conseqüentemente uma percepção que identifica o sujeito como sendo o foco do problema, consideração esta que isenta a sociedade de qualquer culpa na própria conformação do delito. A tese positivista centrada na díade “a sociedade é boa, o problema está no sujeito” propicia o surgimento de discursos maniqueístas e polarizados, nos quais se denota uma verdadeira satanização do delinquente, gerando-lhe efeitos devastadoramente nocivos no que diz respeito aos seus direitos fundamentais⁹⁰.

Ressalte-se, ainda, que, dentro dessa perspectiva, em nenhuma hipótese se problematizam o Direito Penal e a atuação dos órgãos do sistema de justiça criminal. De fato, priva-se o criminólogo de qualquer questionamento acerca da

⁹⁰ “Com efeito, na medida em que as teorias etiológicas recaem sobre a clientela selecionada pelo sistema penal, justificam a sua periculosidade (minorias criminais) e maior tendência para delinquir. Com este proceder, a Criminologia positivista contribui para mistificar os mecanismos de seleção e estigmatização ao mesmo tempo em que lhes confere uma justificação ontológica de base científica (uma base de marginalização científica aos estratos inferiores). (...) Trata-se, portanto, de uma matriz fundamental na produção (e reprodução) de uma imagem estereotipada e preconceituosa da criminalidade e do criminoso vinculada aos baixos estratos sociais, que condiciona, por sua vez, a seletividade do sistema penal, num círculo de representações extraordinariamente fechado que goza de uma secular vigência no senso comum em geral e nos operadores do controle penal em particular”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 271).

fidedignidade do processo político de construção das leis penais, assim como não se lhe afigura como desejável uma investigação crítica sobre a persecução seletiva das instâncias do controle penal. Definitivamente, este insosso saber criminológico está completamente orientado à relegitimação de uma ordem (?) social injusta⁹¹, caricaturizando-se o criminólogo como medíocre marionete da ordem natural das coisas, restando à Criminologia – como exaltou CIRINO DOS SANTOS – reduzir-se mesquinhamente ao papel de pura técnica oficial de controle social⁹².

Seção 2 – Criminologia Atributiva (paradigma da reação social).

À evidência que todo um novo movimento, fortalecido nos anos 70 do último século e marcado por uma reposição teórica da sociologia do conflito no campo epistemológico, impeliu a Criminologia a uma ardente mudança paradigmática. A Criminologia, até então concebida como aquela ciência auxiliar do Direito Penal destinada a investigar apenas as causas do crime, abandonaria este paradigma etiológico, substituindo-o por um novo paradigma: o paradigma da reação social. Aquela tradicional postura criminológica e sua adjacente estruturação teórica serão desmanteladas a partir do momento em que a Criminologia passa a sofrer os influxos do construcionismo social.

Instada pelo construcionismo social a considerar a realidade não mais como um objeto cognoscível de per si, mas como sendo um objeto variável e relativo, conformado e construído pela subjetividade do observador dentro da

⁹¹ “Quando a criminologia positivista não questiona a construção política do direito penal (como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas, e não outras, que atingem determinados interesses, e não outros, com o resultado prático, estatisticamente demonstrável, de se alcançar sempre pessoas de determinada classe, e não de outra), nem a aparição social de comportamentos desviantes (...), nem a reação social (...); quando a criminologia positivista não questiona nada disso, ela cumpre um importante papel político, de legitimação da ordem estabelecida”. (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 29-30). É o mesmo sentir de MESTIERI, para quem “uma criminologia que aceita como verdadeira uma realidade oficial tende a tratar o fenômeno criminal como uma ocorrência eminentemente individual, dando suporte, a sua vez, à ordem formalmente estabelecida, como se fosse a ordem natural das coisas. É esta a falha maior da criminologia positivista, do homem delinqüente, e de muitos outros posicionamentos posteriores que ignoram ou mesmo negam valor ao questionamento político”. (MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. p. 20).

⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

própria experiência cognoscitiva⁹³, a Criminologia da reação social acaba por se agarrar ao interacionismo simbólico para articular os seus postulados fundamentais⁹⁴. Tomando por base a premissa de que os objetos são construídos através de complexos processos de interação social, dentro dos quais se observa um febricitante engajamento entre o sujeito e o objeto, de sorte que este chega a depender daquele, é que chegaremos ao primeiro postulado da Criminologia interacionista: o crime é uma construção social, não podendo ser considerado como uma realidade natural.

De acordo com esta nova postura não há que se falar numa criminalidade ontológica. A criminalidade é atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social. É difundido entre os criminólogos o ensinamento de HOWARD BECKER, para quem “o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um ‘ofensor’. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente”⁹⁵. Não se visualiza o crime como uma realidade natural anterior à atuação dos órgãos do sistema de justiça criminal; pelo contrário, diz-se ser o crime resultado mesmo do exercício desta atuação. Trata-se de uma teoria criminológica que destacará o papel constitutivo desempenhado pelo sistema penal na configuração da própria criminalidade. O raciocínio desenvolvido sob o império do antigo paradigma é, aqui, subvertido: o

⁹³ “O chamado ‘construcionismo social’ problematiza o processo cognoscitivo, considerando a realidade um objeto variável, relativo, construído pela subjetividade do observador. Contrapõe-se ao positivismo, doutrina segundo a qual a ciência é absolutamente objetiva e o mundo é uma realidade em si, cognoscível independentemente do observador”. (CASTILHO, Ela Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 2001. p. 26).

⁹⁴ “A sociedade, ou seja, a realidade social, é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. O comportamento do homem é assim inseparável da ‘interação social’ e sua interpretação não pode prescindir desta mediação simbólica”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 204).

⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 4, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996. p. 280.

correto é entender que só há crime porque, anteriormente a ele, existe um controle social⁹⁶. Das impetuosas palavras de FRITZ SACK extrai-se um retrato fiel deste novo panorama: “Os juízes ou o tribunal são instituições que produzem e põem ‘realidade’”⁹⁷. Veicula-se, portanto, uma teoria da rotulação ou do etiquetamento (*labeling approach*), posto que, aqui, focaliza-se a criminalidade enquanto “*status*”.

Além de dilacerar por completo a orientação positivista de que o crime deva ser tratado como uma realidade natural, a Criminologia da reação social procura evidenciar que o comportamento criminoso não é exclusivo de um determinado grupo econômico, não estando restrito, portanto - nos dizeres positivistas - àquela minoria potencialmente “perigosa” da sociedade. Aqui desponta a figura de EDWIN SUTHERLAND que, ao estudar a “cifra negra” no crime de colarinho branco, demonstrou que o comportamento criminoso pode frondescer de todos os estratos sociais⁹⁸. Por se reputar que o comportamento criminoso pode ser encontrado ao largo de todos os estratos sociais postula-se que o criminoso não

⁹⁶ “O delito não é considerado mais como sendo a conduta desviada produto de fatores etiológicos de diversos tipos (biológicos, psicológicos e sociais), e sim como o resultado de uma atribuição que fazem os distintos órgãos de controle social, como sustenta a teoria do *labeling approach*”. (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 213).

⁹⁷ *Apud* BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 107. Nesta mesma página o grande criminólogo italiano discorre: “Dentro da proposição de Fritz Sack, portanto, a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. (...) De fato, Sack considera os juízos mediante os quais se atribui um fato punível a uma pessoa, como juízos atributivos que produzem a qualidade criminal desta pessoa, com as conseqüências jurídicas (responsabilidade penal) e sociais (estigmatização, mudança de *status* e de identidade social etc.) conexas”.

⁹⁸ “Essas pesquisas levaram a uma outra fundamental correção do conceito corrente de criminalidade: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 103). No mesmo sentido: “Estas teorias compartilham também da postura crítica quanto ao valor das estatísticas habituais sobre criminalidade como instrumento fundamental de análise, porquanto não refletem adequadamente a real dimensão nem a distribuição do fenômeno”. (CASTILHO, Ela Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 2001. p. 33-4).

seja mais considerado como um ser diferente dos demais, membro de uma minoria socialmente identificável da sociedade. Em suma, não é que o pobre seja mais perigoso do que o rico ou ostente maiores tendências para delinquir, é que o pobre tem maiores chances de ser etiquetado e decalcado enquanto criminoso⁹⁹.

Ainda em conformidade aos efeitos provocados por este “impulso desestruturador” a Criminologia da reação social retrata como ignominiosa a assertiva de que o sistema penal é neutro e igualitário. Não se admite nenhuma possibilidade de transigência com esta consideração farisaica, vez que a realidade rangente e vacilante nos evidencia que o sistema penal não é neutro, nem igualitário, dirigindo-se muito mais contra certas espécies de pessoas (a despeito de suas ações) do que contra certos tipos de ações¹⁰⁰. É por conta desse traço mesmo que ZAFFARONI chega a assemelhar o funcionamento do sistema penal com uma epidemia: só atinge àqueles mais vulneráveis, que não gozam de mecanismos de imunização¹⁰¹. É que o fator decisivo para a atuação do sistema penal e conseqüente criminalização do agente não é, como pensavam os criminólogos tradicionais, a gravidade ou a extensão do crime, mas sim a posição social ocupada pelo autor do delito no quadro de classes. FRITZ SACK, após

⁹⁹ “A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinqüentes”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.p. 270). Todavia, “com isto não se quer sustentar, como pretendia a criminologia tradicional, que a pertença a um estrato social ou a uma situação familiar produzam no indivíduo uma maior motivação para o comportamento desviante, mas que uma pessoa que provém destas situações sociais deve ter consciência do fato de que seu comportamento acarreta uma maior possibilidade de ser definido como desviante ou criminoso, por parte dos outros, e de modo particular por parte dos detentores do controle social institucional, do que outra pessoa que se comporta do mesmo modo, mas que pertence a outra classe social ou a um *milieu* familiar íntegro” (BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 112).

¹⁰⁰ “Assim, o sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990. p. 25-26).

¹⁰¹ “Hoje sabemos perfeitamente que os presos não estão presos pelos delitos que cometeram, senão por sua vulnerabilidade, vale dizer, que o sistema penal opera como uma epidemia, que afeta a quem tem as suas defesas baixas”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de America Latina. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 222).

discorrer sobre os “bens positivos” a que almejamos no transcorrer de nossas vidas (renda, prestígio, boa reputação, etc.), salienta que a criminalidade – ao contrário – é um “bem negativo”, mas que, da mesma forma que aqueles, observa uma regra de distribuição desigual dentro de uma sociedade estruturada em classes sócio-econômicas distintas¹⁰².

Percebe-se que, dentro do paradigma da reação social, a Criminologia desocupa o local a que estava confinada, deixando de ser uma mera ciência auxiliar do Direito Penal, e começa a se espalhar por todo o terreno do qual se assenhorara, passando a realizar uma verdadeira e inquietante “sociologia do controle penal”. A Criminologia da reação social estuda, pois, os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais é construída a realidade social do desvio, atendo-se primordialmente sobre os processos de criminalização. Ao eleger como alvos de estudo os órgãos do controle penal, questionando a atuação mesma do sistema penal vigente, a ciência criminológica abandona sua feição de “teoria da criminalidade” e se transforma subitamente numa teoria da criminalização¹⁰³. Neste novo modelo a pergunta cardinal que o criminólogo se faz é a seguinte: “Por que algumas pessoas pertencentes a determinados grupos sócio-econômicos são criminalizadas e outras, pelos mesmos fatos, não o são?”.

Seção 3 – Criminologia Crítica ou Radical.

Este novo paradigma nos impinge uma Criminologia que se ocupa da reação social, já que se acredita depender desta a própria existência da conduta delituosa¹⁰⁴. Contudo, impõe-se o reconhecimento de que a teoria do

¹⁰² “A criminalidade é um ‘bem negativo’ distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses, fixada no sistema econômico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos”. (Apud BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 23, p. 10).

¹⁰³ “O objeto primário da investigação criminológica não é, portanto, o comportamento do autor, mas sim os órgãos de controle social”. (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987. p. 65).

¹⁰⁴ “A Criminologia da Reação Social, com forte conteúdo ideológico, ocupa-se substancialmente da reação social, ou seja, do surgimento da estrutura punitiva do Estado, pois desta depende a conduta delituosa”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 26).

etiquetamento ou da rotulação é uma “teoria de médio alcance”¹⁰⁵, pois – como percucientemente nota GERLINDA SMAUS – muito embora a reação social influencie, de maneira determinante, a qualidade de criminalidade, esta mesma reação só é provocada por um comportamento concreto do autor¹⁰⁶. De fato, a teoria do *labeling approach* obnubila por completo a realidade fenomênica do desvio, não nos esclarecendo absolutamente nada acerca da origem do desvio inicial (origem da rotulação), configurando-se, assim, enquanto uma crítica limitada apenas e tão-somente ao nível descritivo¹⁰⁷. Ao negar a realidade fenomênica do desvio e, com isso – como expõe PEREIRA DE ANDRADE – negar toda a realidade estrutural¹⁰⁸, a teoria do etiquetamento ou da rotulação corre o sério risco de discursivamente significar apenas o anverso da mesma moeda da Criminologia Tradicional¹⁰⁹. Destarte, para não se perder de vista a realidade estrutural do comportamento concreto do autor, faz-se necessário conciliar a teoria do etiquetamento ou da rotulação com um aporte materialista do desvio, que permita enxergar o crime – por exprimir uma contradição real do sistema sócio-econômico - enquanto um derivativo de um conflito social¹¹⁰. Toda vez que ocorrer este verdadeiro salto qualitativo em relação ao *labeling approach*, orientando-se a abordagem criminológica por uma linhagem atributiva sócio-estrutural, estaremos autorizados a falar na existência de uma Criminologia Crítica ou Radical¹¹¹.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 114-6.

¹⁰⁶ *Apud* BARATTA, Alessandro. *Ibid*, p. 115.

¹⁰⁷ “Daí, resulta uma teoria em condições de *descrever* mecanismos de criminalização e estigmatização, de referir estes mecanismos ao poder de definição e à esfera política em que ele se insere, sem poder explicar, independentemente do exercício deste poder, a realidade social e o significado do desvio, de comportamentos socialmente negativos e da criminalização”. (BARATTA, Alessandro. *Ibid*, p. 116).

¹⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 215-7.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

¹¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Op. cit.* p. 215-7.

¹¹¹ “A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o Direito Penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de ‘fazer aparecer o invisível’” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*.

§ 1º - Seletividade qualitativa do sistema de justiça criminal.

De toda sorte, e independentemente da distinção que se possa efetuar entre estas linhagens da Criminologia atributiva (individual ou sócio-estrutural), muito mais importante se torna inventariar os legados teóricos desta corrente. Em primeiro lugar, esta nova postura criminológica evidenciou existir uma seletividade qualitativa no sistema de justiça criminal. O Direito Penal e o sistema penal, muito mais do que instrumentos de controle social, são – em sua realidade operacional - instrumentos de direcionamento social, estando destinados àqueles que não servem ao modo de produção da sociedade capitalista ou, de igual forma, àqueles que – mesmo lhe servindo – não se conformam às condições por ele operadas. O delinqüente está previamente etiquetado: via de regra, é aquele que não se sujeita à dominação inescrupulosa da classe dominante¹¹².

Esta seletividade qualitativa manifesta-se já por ocasião da elaboração da lei penal. Isto porque numa sociedade dividida materialmente em classes não se pode falar em interesses de todo o corpo social (como preconiza a “sociologia do consenso”), devendo-se falar, como professa NILO BATISTA, em interesses de uma classe estrutural e logicamente antagônicos aos da outra (o Estado, enquanto ente resultante destas forças sociais, não representa, portanto, aquela comunhão de interesses que supomos ingenuamente existir)¹¹³. Nesse contexto, o Direito Penal – enquanto principal ferramenta do arsenal punitivo do Estado – estará protegendo os interesses daqueles que estão mais próximos do poder e, por isso mesmo, menos sujeitos ao processo de criminalização, contribuindo o ordenamento jurídico-penal – em última análise – para a reprodução e perpetuação destes mesmos interesses¹¹⁴. Observa-se, aqui, o fenômeno da

Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990. p. 32-33).

¹¹² No sentir de LOLA ANIYAR DE CASTRO toda forma de controle social “não passa de predisposição de táticas, estratégias e forças para a construção da hegemonia, ou seja, para a busca da legitimação ou para assegurar o consenso; em sua falta, para a submissão forçada daqueles que não se integram à ideologia dominante” (ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 119).

¹¹³ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 20-1.

¹¹⁴ Para Juarez Tavares, a finalidade normativo-material da criação jurídica de delitos está na proteção aos interesses dominantes na estrutura social estratificada, representados,

“perversão do conceito de bem jurídico” (assim intitulado por MUÑOZ CONDE)¹¹⁵, enraizado na noção de que este conceito só aparentemente apresenta uma certa universalidade. Senão vejamos.

De um lado, há uma incriminação rigorosa das condutas tipicamente praticadas pelos setores sociais mais marginalizados de nossa sociedade¹¹⁶. Este traço característico de nossa realidade jurídico-penal irrompe ao analisarmos o rigor com que são abstratamente sancionados os crimes contra o patrimônio. STRECK observa, p. ex., que o furto qualificado – e quase sempre este delito assim se configura – é apenado com maior severidade (reclusão, de 2 a 8 anos e multa) do que o abandono de recém-nascido com resultado morte (detenção, de 2 a 6 anos)¹¹⁷. Um verdadeiro absurdo: um crime contra o patrimônio com uma pena maior do que um crime que, ulteriormente, lesiona a vida. Este direcionamento legislativo torna-se de mais fácil percepção por ocasião da tipificação dos crimes contra a organização do trabalho. Quais seriam os possíveis protagonistas destes crimes? Bingo: os que compõem a força produtiva. Aqui, todavia, o disparate é

abstratamente, pelos bens jurídicos. (TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*: variações e tendências. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 4). O autor apenas reafirma posicionamento já expendido anteriormente: “Estando vinculado à superestrutura, o Direito Penal tem por finalidade última assegurar a manutenção de uma base econômica determinada e, sobre isto, de outras relações sociais e políticas de classe, que lhe correspondem. (...) A escolha de bens jurídicos depende de juízos de valor pronunciados pelo legislador, segundo suas representações de classe. Em face desta colocação realista, verificamos que a ciência do Direito Penal... estará sempre a serviço de fins calcados na base sócio-econômica. A norma penal só poderá alcançar aplicação justa, quando o próprio Direito Penal deixar de existir (juntamente com o Estado) como ordenamento coativo, subordinado aos interesses de classe” (*Apud* WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1976. p. 4). Do mesmo modo: “Definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos lindes entre a política criminal e o direito penal, tem caráter de classe. (...) Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações”. (BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 116).

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 66.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 28.

¹¹⁷ STRECK, Lênio. Direito penal, criminologia e paradigma dogmático: um (re) pensar crítico. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, n. 11, p. 69-85, 1995.

ainda mais espantoso, já que – nas legislações modernas – a greve oscila de direito fundamental à conduta criminosa.

Por outro lado, os crimes ecológicos, os crimes tributários e os crimes de violência institucional – hipóteses nas quais, via de regra, temos uma autoria de requinte e luxo, já que normalmente são cometidos por pessoas que detêm o poder econômico - ou não são incriminados ou são incriminados vagamente¹¹⁸. Recentemente, por exemplo, tivemos a edição da Lei Nº 9.605/98, que dispõe acerca dos crimes ambientais. Em diversos de seus artigos presenciamos a maliciosa e leviana utilização de elementos do tipo sem precisão semântica, como, p.ex., na incriminação da poluição (art. 54), pela qual se passou a condicionar a configuração do crime à produção de uma poluição “em níveis tais”. Será que o poder punitivo, que – sob condição alguma – pode ser confundido com o saber do Direito Penal, como muito bem demonstra ZAFFARONI¹¹⁹, criminalizaria os setores sociais que lhe são tão próximos e devedores?

Aliás, convencidos de que o poder não criminaliza a si mesmo, devemos repudiar desdenhosamente este “tratamento bifronte”¹²⁰ ofertado pela nova onda legislativa que procura criminalizar a rodo os crimes de colarinho branco, já que estamos diante de criminalizações meramente decorativas que – no frigidar dos ovos - só acabam por produzir um enrijecimento do Direito Penal convencional. É que não podemos desvincular este movimento de seu contexto promocional e simbólico (causa e, ao mesmo tempo, consequência da demagogia criminal)¹²¹. Exatamente. O Direito Penal, aqui, não é criado para ser efetivo; ele apenas desempenha um jogo simbólico na psicologia popular mediante a criação de

¹¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 27.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 38.

¹²⁰ Ao discorrer sobre a Novíssima Defesa Social, ARAÚJO JR. destaca o que vem a ser este “tratamento bifronte”: “Assim, para os ilícitos de pequena monta, estabelece o caminho da descriminalização, enquanto que para as novas e graves infrações à economia e contra os demais *direitos difusos*, bem como para a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção, etc.), recomenda a via oposta, isto é, a da criminalização”. (ARAÚJO JR., João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 69).

¹²¹ MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 239.

signos e imagens (p.ex., a crença de que – a partir destas criminalizações – os ricos ocuparão em um maior número de casos o banco dos réus). Ademais, o recurso a este Direito Penal simbólico permite uma relegitimação do próprio Direito Penal convencional¹²². Ora, a criminalização dos crimes de colarinho branco confere ao Direito Penal – que é desigual por excelência, como preconiza BARATTA¹²³ – um véu de aparente igualitarismo. Ao se referir normativamente às condutas praticadas predominantemente por poderosos, crê-se que o Direito Penal possa estar acima da divisão de classes, naturalizando-se - com isso – o endurecimento no discurso contra os autores de crimes patrimoniais, tráfico de entorpecentes, etc. É bem por isso que as exceções àquele aforisma são estardalhosamente difundidas pelos meios de comunicação social de massa, numa vã tentativa de emudecer a voz contundente de BARATTA, que – com coragem e realismo - achincalhava a fugidia ficção de um Direito Penal igualitário.

Feita essa ressalva, até aqui não há nenhum grande estupor, até mesmo porque os autores ditos mais conservadores reconhecem que as concepções políticas dominantes são decisivas na função selecionadora do tipo¹²⁴. A reviravolta está, parece-me, na percepção de CIRINO DOS SANTOS, para quem até mesmo valores gerais são protegidos de forma desigual.¹²⁵ De acordo com esta concepção até mesmo a proteção do bem jurídico “vida humana” variaria conforme a posição social no quadro de classes: (a) os membros da classe dominante vêm-se protegidos enquanto cidadãos, como sujeitos de direito; (b) os membros da classe dominada estão protegidos enquanto força de trabalho, portanto enquanto objetos; (c) os desempregados não estão protegidos nem

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

¹²³ “A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência. (...) Também deste segundo ponto de vista, a igualdade formal dos sujeitos de direito se revela como veículo e legitimação de desigualdade substancial”. (BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 162-3).

¹²⁴ Este trecho da doutrina espanhola é bem representativo dessa postura: “O Direito Penal é sempre instrumento de proteção do sistema político dominante – esta é uma de suas maiores servidões”. (CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. v. 1. 5. ed. 2. reimpressão. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 19).

¹²⁵ Todo o desenvolvimento das linhas seguintes está em conformidade à SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 28.

como sujeitos nem como objetos, estando inteiramente a mercê de toda sorte de violência institucional (esquadrões da morte, execuções policiais, etc.) e violência estrutural (fome, miséria, etc.).

Esta falsa universalidade do conceito de bem jurídico, centralizada na noção de que o bem jurídico tem caráter classista, nos mostra o quanto o Direito Penal instrumentaliza-se em favor da perpetuação de um domínio de classes. Sem dúvida alguma, o Direito Penal ainda é o principal instrumento utilizado pelas classes mais próximas do poder para manter o “*establishment*” político. Este fenômeno, já sentido ao nível da produção das normas penais (Poder Legislativo), pelo qual se percebe que os processos de seleção de bens jurídicos e subsequente tipificação das condutas não estão acima da divisão estruturalmente antagônica das classes sociais, foi designado por BARATTA como “criminalização primária”¹²⁶, processo este fielmente sintetizado na coruscante afirmação de um ditado popular moçambicano: “A lei é severa com aqueles que roubam um ganso do baldio; todavia, deixa impunes aqueles que se apropriam do próprio baldio”¹²⁷.

Mas esta seletividade qualitativa é um fenômeno que não se materializa apenas no momento de definição dos crimes e seleção das penas pelo legislador, verificando-se também nas demais instâncias do sistema de justiça criminal. A começar pela Polícia (aparelho policial) que, por exemplo, tem um código de conduta para ser aplicado aos que são politicamente indóceis e economicamente inúteis e outro, completamente antagônico, para ser aplicado (?) aos detentores do poder político-econômico. E isto ocorre por uma simples razão: a força policial nasceu justamente para preservar os valores da classe política e economicamente dominante¹²⁸, como demonstrou FOUCAULT em riquíssimo estudo histórico sobre as “*lettres de cachet*”¹²⁹. Para reforçarmos ainda mais o seu caráter de verdadeiro mecanismo seletivo do sistema de justiça criminal bastar-nos-ia mencionar a sua

¹²⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 161.

¹²⁷ Ditado extraído da obra: PIZARRO BELEZA, Teresa. *Direito penal*. 2. ed. 2 v. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998.

¹²⁸ “Mas muito antes que esse fenômeno tivesse lugar, as massas ameaçavam a riqueza que se ia acumulando e foi necessário criar a polícia em sua forma moderna, para custodiar a riqueza”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 277).

contumaz atividade descriminalizadora ilegal, tão vivamente desempenhada em nossos distritos policiais¹²⁹.

No Poder Judiciário (aparelho judicial) este panorama não se altera. É cediço que a grande maioria dos promotores e dos juízes são oriundos da classe média e média-alta de nossa sociedade. Ora, em sendo assim, é natural que estes operadores jurídicos denunciem e julguem com maior rigor aqueles réus que com eles não compõem o mesmo estrato social¹³¹. E é perfeitamente plausível que, em se tratando de réus pertencentes ao mesmo estrato social, o tratamento seja mais benevolente¹³². A título de exemplo, se estivermos diante de um estupro, é bem provável que os “*second codes*” (as meta-regras) destes operadores manifestem-se da seguinte forma: se o réu for de outra classe, a pergunta que o rondará como um fantasma será: “E se a minha filha fosse a estuprada?”; todavia, se o réu pertencer à mesma classe do juiz, o questionamento que permeará sua reflexão será: “E se o meu filho fosse o estuprador?”.

Ademais, deve-se ressaltar que os réus de uma classe inferior não podem constituir advogados que se dediquem efusivamente à causa, inviabilizando-se, por exemplo, o reconhecimento de sua absolvição em virtude de um erro de proibição invencível ou, então, a decretação da extinção de punibilidade em decorrência de uma prescrição retroativa¹³³. A desorganização institucional da

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau/PUC-RJ, 1996. Conferência 4.

¹³⁰ “Nilo Batista já alertou para a atividade descriminalizadora ilegal da polícia, quando compõe com as partes – ofensor e vítima – ainda que ofendido bem jurídico indisponível (vida, integridade física) ou quando faz desaparecer todos os vestígios da infração ou autoria que, por interesses político-sociais e até mesmo inconfessáveis, não lhe interessa investigar, ou, ainda, quando monta um inquérito adrede preparado para a absolvição do acusado de conduta desviante; essa ilegal atuação descriminalizadora da polícia é de tal forma disseminada que, pode-se dizer, faz parte do dia-a-dia da sua atividade”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Op. cit.* p. 246).

¹³¹ “A atividade judicial é, por seu lado, altamente aleatória no Direito Criminal; como os juízes provêm de uma parte da sociedade, julgam com maior rigor os da outra parte e com menor rigor os da sua parte, inclusive os policiais violentos; a estes socorre o fato de que uma boa parcela da população aceita e até mesmo aplaude as manifestações violentas da polícia”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Ibid.* p. 247).

¹³² BARATTA, Alessandro. Marginalidade social e justiça. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 21-22, p. 12-3.

¹³³ “Acresça-se que os componentes das classes média e alta, econômica e financeiramente estáveis e fortes, possuem condições de contratação de advogados de

Defensoria Pública (ao menos no Estado do Paraná) e o déficit teórico-prático dos defensores dativos em relação aos membros do Ministério Público agravam este quadro de verdadeiro abandono dos interesses dos réus mais carentes. Este fenômeno que, além de atingir o legislador, alastra-se por todas as instâncias do controle penal, incidindo sobre a aplicação das normas penais, foi denominado por BARATTA de “criminalização secundária”¹³⁴, sendo fielmente traduzido na faiscante afirmação de um ditado popular salvadorenho: “A lei é que nem a serpente, só pica aquele que está descalço”¹³⁵.

§ 2º - O fracasso da pena privativa de liberdade (prisão).

Por fim, a prisão (aparelho prisional) também não escapou do furor da Criminologia Crítica, que procura escancarar o seu torrencial fracasso quanto à sua finalidade declarada (ressocialização). Este esforço teórico inicia-se pela abordagem do fenômeno da “prisionização” (“aculturação”), pelo qual o detento inevitavelmente passa ao ingressar numa instituição fechada como a prisão¹³⁶. Quer-se retratar, aqui, um processo naturalmente conduzido que demanda por parte do condenado, até mesmo por questões de sobrevivência, uma introjeção dos valores internos da prisão (valores intra-muros), e – simultaneamente - um despojamento em relação aos valores da sociedade (valores extra-muros).

BARATTA refere-se diretamente a este fenômeno, sublinhando: “A atenção da literatura se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e

tal forma hábeis, que sempre lhes fica mais fácil o enfrentamento de um tedioso, moroso e caro processo judicial, ao fim do qual recebem a sentença absolutória que lhes garante, oficialmente, o reconhecimento da sua probidade ou da sua atuação conforme o direito”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Op. cit.* p. 247).

¹³⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 161.

¹³⁵ Ditado extraído do artigo: STRECK, Lênio. Direito penal, criminologia e paradigma dogmático: um (re) pensar crítico. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, n. 11, p. 69-85, 1995.

¹³⁶ Entre nós, AUGUSTO THOMPSON destacou o efeito da “prisonização”, que seria “a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos da cultura geral da penitenciária ... todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisonização”. (*Apud* CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 48).

pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da ‘desculturação’, ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da ‘aculturação’ ou ‘prisionalização’. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária”¹³⁷.

A “prisonização” faz com que a prisão só ensine o condenado a viver dentro da prisão, não fora dela, já que engendra um verdadeiro abismo entre o detento e os valores da sociedade. BARBERO SANTOS compartilha deste entendimento, ao proclamar que “a prisão é aterrorizantemente opressora e seus muros separam o interno da sociedade e a sociedade do interno”¹³⁸. Dentro dessa perspectiva temos que concluir ser simplesmente impossível qualquer espécie de ressocialização dentro de uma instituição fechada como a prisão. É praticamente inviável acondicionar alguém a condições de liberdade em condições de não-liberdade, dada a antitética culturalização a qual está submetido o condenado. Assim sendo, não há a menor hipótese de se ressocializar alguém mediante a pura e simples segregação. Qualquer esforço neste sentido mostra-se, como diz ELBERT, “tão absurdo quanto pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador”¹³⁹. A franqueza de NILO BATISTA não nos permite outra conclusão: “A idéia de ‘ressocialização do condenado’ é seguramente o maior contraste que se conhece entre a teoria e a prática: ninguém pode ser ressocializado entre quatro paredes ou quatro muros”¹⁴⁰.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 184.

¹³⁸ *Apud* CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 39.

¹³⁹ *Apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de America Latina. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 223.

¹⁴⁰ BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 13-14, p. 34, jan./jun. 1974.

Além disso, a prisão estigmatiza e despersonaliza o condenado, fazendo com que este – invariavelmente – assuma o rol de desviado. Estas consequências do aprisionamento são verificadas em todos os estágios deste processo, sendo sentidas – sobretudo - no momento em que o condenado sai em liberdade. BARATTA demarca existir uma despersonalização já nas chamadas “cerimônias de degradação no início da detenção, com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuários e objetos pessoais)”;¹⁴¹ característica esta realçada pela completa desestruturação da vida social e laboral do detento após o cumprimento da pena¹⁴¹. E é principalmente o fenômeno da estigmatização que permite a inscrição deste sujeito numa carreira criminosa, disparando – por via de consequência – as taxas de reincidência, ocorrendo aquilo que MERTON retratava como sendo a “profecia que se auto-realiza”¹⁴², cujo protagonista – para ZAFFARONI – deve ser chamado de “carne de prisão”¹⁴³. Mas talvez o mais importante seja perceber com CIRINO DOS SANTOS a sutileza que permite esta odiosa consequência: “Após o cumprimento da pena, esse processo de recíproca desestruturação e reestruturação da personalidade (...) é agravado pelo retorno do egresso às mesmas condições sociais adversas que estavam na origem da criminalização anterior”¹⁴⁴. Claro: como imaginar que este sujeito (muitas vezes, autor de um crime patrimonial ou de um tráfico de entorpecentes), encontrando as mesmas condições (des) estruturais de fome, miséria e desemprego, não volte – pelas mesmas razões - a delinquir?

Todavia, apesar de todo este desmascaramento de suas idiossincrasias, proporcionado pelos estudos críticos, a prisão permanece por desempenhar o papel de principal modelo oficial de solução dos conflitos. E, pelo que me parece, as razões desta perpetuação só serão efetivamente compreendidas se nos

¹⁴¹ “No âmbito mais pessoal, a pena produz uma fratura-chave na vida do interno que, ao sair em liberdade, encontra a maioria das portas fechadas. O fenômeno da estigmatização é bem conhecido, ou seja, o alto grau ou marca jurídica ou social que a pena acarreta”. (CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 43).

¹⁴² *Apud* CERVINI, Raul. *Ibid*, p. 40.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Comunicação oral dirigida aos participantes do I Encontro Interestudantil de Direito Penal e Criminologia, realizado em 11-15 de Agosto de 1995 na Universidad de Chile (Santiago).

¹⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

socorrermos de uma valiosa revisitação histórica da prisão. Somente estando embriagados por um revelador realismo, indicando-nos em todo momento que fazer ciência é desvendar a essência que está por detrás da aparência, é que descortinaremos qual a função verdadeiramente desempenhada pela prisão em nossa sociedade. ZAFFARONI nos ensina que a prisão nada mais é do que um instrumento de demarcação social, endereçada que está aos integrantes dos setores sociais mais distanciados do poder e, por isso mesmo, mais sujeitos ao processo de criminalização¹⁴⁵. Trata-se, portanto, do meio mais eloquente pelo qual o Estado impõe a sua dominação àqueles que não servem ao modo de produção da sociedade capitalista ou, de igual forma, àqueles que – mesmo lhe servindo – não se conformam às condições por ele operadas.

Esta idéia central condiz com a percepção foucaultiana de que a prisão tem por objetivo tornar o preso um sujeito politicamente dócil, um sujeito que não irrompa ou fomente uma crise dentro do “*establishment*” político. Além disso, olhando a pena de prisão dentro de uma perspectiva de consolidação do capitalismo (industrialismo), entende FOUCAULT que a prisão também procura tornar o preso um sujeito economicamente útil¹⁴⁶. Com este referencial teórico pode-se concluir que o trabalho dentro de uma prisão só encontraria justificativa enquanto uma ferramenta utilitária nas mãos do Estado, que busca – mediante a sua prestação pelos presos – acondicioná-los às rigorosas vestes do mercado de trabalho. Dentro desse contexto de disciplinarização do homem pelo trabalho a prisão se encarregaria de formar o chamado “exército industrial de reserva”. Mais do que isso, este trabalho visaria – em seus últimos desígnios – a inchar o volume de mão-de-obra empregável existente na sociedade, proporcionando uma

¹⁴⁵ “É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 77-8).

¹⁴⁶ É o processo de reconstrução do *homo oeconomicus*: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 25. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. p. 100-1.

redução do valor pago a mão-de-obra empregada e, conseqüentemente, um aumento no lucro daqueles que detêm o capital.

Assim, se num primeiro momento do capitalismo (industrialismo), esta relegitimação da ordem posta advém de um aprisionamento calcado na disciplinarização pelo trabalho; atualmente, em que se observa a entronização da teoria 80/20¹⁴⁷, esta petrificação da divisão de forças sociais revigora-se mediante um aprisionamento modulado pela disciplinarização do desemprego¹⁴⁸. Nesse diapasão, pode-se afirmar com BAUMANN que, no capitalismo tardio (pós-industrialismo), a prisão é uma perspicaz técnica de neutralização política dos consumidores falhos¹⁴⁹. É a prisão que permite a consecução e a consagração do projeto de criminalização e conseqüente dominação política da miséria. É, este, inclusive, o fio-condutor de todo o trabalho de WACQUANT, que procura evidenciar que a punição dos pobres tornou-se a nova forma de gestão da miséria nos Estados Unidos da América, abandonando-se o modelo do “Estado de Bem-Estar Social” para se coroar um verdadeiro “Estado Penal”¹⁵⁰.

Hoje, portanto, a prisão é o eixo central em torno do qual gravita todo o projeto de miserabilização desenvolvido por aqueles que detêm o poder econômico e usufruem os privilégios por ele proporcionados. Pode-se dizer, sem

¹⁴⁷ Para maiores detalhes: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, ano 31, v. 31, p. 42, 1999.

¹⁴⁸ “Para avaliar a verdadeira natureza dos interesses em jogo e as estratégias subjacentes à atual política de ordem pública, é necessário levar em conta um elemento estrutural característico da fase atual do desenvolvimento do sistema tardo-capitalista. Este elemento estrutural é constituído pela tendência ao incremento da superpopulação relativa (desocupação e subocupação), à exploração e à marginalização de setores cada vez mais vastos da população. (...) De um ponto de vista institucional, isto pressupõe, para o sistema capitalista, uma maior exigência de disciplina e de repressão, com a finalidade de conter a tensão das massas marginalizadas”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 194-5).

¹⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. Os estranhos da era do consumo: do Estado de bem-estar à prisão. In: *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1998. p. 49-61.

¹⁵⁰ WACQUANT, Löic. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, Ed. Universidade Federal do Paraná, n.13, p. 39-50, nov. 1999. Da mesma forma em: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

reservas, que a existência da prisão é imprescindível à existência da sociedade tardo-capitalista, ao menos na maneira em que ela está configurada. Se suprimíssemos a prisão, a sociedade – enquanto modelo consagrador do “compro, logo existo”, alimentado que está pelos meios de comunicação social de massa que, abruptamente, transformam bens supérfluos em necessidades essenciais – eclodiria. Sem prisão não haveria a fruição dos “*shopping centers*” e o respectivo gozo de seus prazeres correlatos. Toda esta nossa frívola alienação quanto ao sentido da vida e quanto ao desejo de criatividade se esboroaria. Mais do que nunca é preciso compreender que o nosso modo de produção opera mediante a seguinte lógica infalível: atrás da felicidade de uns poucos está a infelicidade de muitos. E, se porventura, não ostentasse o espartilho da prisão, este modo de produção que estaria seriamente comprometido.

Tanto em um contexto quanto em outro resta evidente que a prisão desempenha um papel cardeal no projeto de manutenção do “*status quo*” pelas classes hegemônicas. É precisamente o arquétipo proposto por RUSCHE e KIRCHHEIMER¹⁵¹, recomendando sempre o exame da prisão de acordo com as suas contemporâneas formações históricas sócio-econômicas, que nos permite chegar a esta conclusão. Somente através deste enfoque histórico não-linear e descontínuo da prisão é que compreenderemos a sua perpetuação enquanto modelo oficial de solução dos conflitos. Esta é, ao menos, a única justificativa que se afigura como verossímil para a manutenção – por mais de dois séculos – de um modelo fracassado de prisão baseado (aparente e anunciadamente, apenas) na idéia de ressocialização. Exatamente: não podemos nos esquecer de dizer, lastreados em FOUCAULT, que a prisão somente é um fracasso em relação à sua função aparente e anunciada (ressocialização), vez que – no tocante às suas funções latentes, ocultas e concretas (neutralização política, estigmatização, despersonalização, etc.) – ela é um estrondoso sucesso¹⁵².

§ 3º - A crise da ideologia do tratamento ressocializador.

¹⁵¹ *Apud* FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 24-5; BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 189 e ss.

¹⁵² FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: *Microfísica do poder*. Trad. e Org. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2001. p. 129-143.

Todavia, muito além de dilacerar o meio atualmente empregado para a ressocialização (a prisão), a Criminologia Crítica coloca em xeque a própria ideologia do tratamento ressocializador. Questiona-se a própria idéia da prevenção especial positiva, representada nas noções de “cura”, “emenda”, “reintegração” e “reinserção”, pelas quais – na lição de CIRINO DOS SANTOS - o Estado tem “o objetivo de evitar crimes futuros, mediante a ação positiva de correção do autor através da execução da pena, que apreenderia a conduzir uma vida futura em responsabilidade social e sem fatos puníveis”¹⁵³. Pela prevenção especial positiva (ressocialização) o sujeito considerado “perigoso” passa pelas mãos de pedagogos, psiquiatras e psicólogos para uma pressuposta correção de suas virtualidades.

Como já vimos, o problema da ideologia do tratamento é que ela parte da falsa preposição de que a sociedade é inquestionável, enquanto que o sujeito é o foco do problema. Daí se fecunda o posicionamento, tão largamente difundido no senso comum (“*every day theories*”), de que existe uma específica categoria de “criminosos irrecuperáveis”. Sem se indagar acerca da lógica de sua produção, toma-se o sujeito como algo pronto e acabado, como se ele fosse um objeto exposto na vitrine de um “*magazin*”. E, em regra, percebemos um certo biologismo neste tipo de enquadramento: são pessoas de “má índole”, sujeitos “doentes”, indivíduos que possuem uma “criminalidade ínsita”. Parece-me, contudo, que, para analisar corretamente um fenômeno, devemos descer às suas origens.

Desse modo, torna-se manifesto que o maniqueísmo e a polarização presentes nos “*mass media*” impedem-nos a percepção de que o réu é um indivíduo cuja formação é paulatinamente feita ao redor de uma teia de dignidades negadas. Ora, em geral, este indivíduo teve uma infância de miséria e de fome; nasceu e cresceu permanentemente vigiado pelos mecanismos de poder e opressão (bastando citar a incômoda presença de viaturas policiais nas entradas das favelas brasileiras); no entanto, permaneceu anônimo para aqueles que mantêm os seus privilégios graças a esta sociedade de controle. Pois bem, resta-lhe recorrer à violência como forma de resgatar o sentido de pertencimento a um corpo social. A violência permite-lhe ser ouvido pelo medo, já que não é

¹⁵³ SANTOS, Juares Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

ouvido pela própria voz (situação só observada por ocasião dos “interrogatórios” ilegalmente empreendidos pelos policiais daquelas mesmas viaturas). A violência traz-lhe visibilidade, solapando a opacidade que permite a todos nós o usufruto de nossos privilégios. Enfim, a lógica da violência é infalível: se a sociedade o violenta diuturna e impiedosamente desde o seu nascimento; em algum momento de sua vida ele começará a violentar esta mesma sociedade.

Nesse contexto, desprendendo-nos do discurso de “vitimização” que nos assalta (entonação que compreensivelmente surge entre os parentes das vítimas ou nas próprias vítimas, mas que não pode permear e orientar uma discussão racionalizante sobre qualquer tema), podemos enxergar que é a sociedade que produz o delito e o próprio delinqüente. Não podemos nos esquecer que a sociedade da vítima é a mesma sociedade do delinqüente. Esta percepção leva-nos à inarredável conclusão de que se existe alguém que deve ser ressocializado este alguém é precisamente a própria sociedade¹⁵⁴. Parece-me procedente o vaticínio de CERVINI a respeito deste tema: “A própria idéia de tratamento parece partir do princípio de que nada deve ser feito com a sociedade, mas tudo o que for necessário para a terapia de reinserção do desviado, quando na realidade o único tratamento válido seria o que se estendesse a toda a sociedade, em outras palavras: não seria preciso começar por ressocializar a sociedade?”¹⁵⁵.

Outro problema refere-se à imperiosa questão: como ressocializar alguém que sequer foi socializado? Não podemos nos esquecer que, em conformidade à “teoria das subculturas”, além do sistema de valores e normas reputado enquanto “oficial”, nós temos uma infinidade de outros sistemas de valores e normas espalhados por todo o tecido social. Pois bem, ocorre que estes outros sistemas de valores e normas são introjetados pelos indivíduos através dos processos de socialização e aprendizagem dos grupos, sem que para isso concorram com a

¹⁵⁴ “Antes de falar em educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão”. (BARATTA, Alessandro. Op. cit. p. 186).

¹⁵⁵ CERVINI, Raul. Op. cit. p. 37.

sua exclusiva vontade de participação. Vale dizer, em nossa “realidade marginal”¹⁵⁶ de desesperança e desassossego, na qual a liberdade de vontade (livre-arbítrio) constitui-se num mero enfeite teórico, mostrando-se indemonstrável na prática, e na qual também observamos uma mobilidade social mínima¹⁵⁷, principalmente depois da época de ouro dos anos 50 e 60, impõe-se urgentemente um repensar oficial quanto à proeminência da ressocialização em relação à socialização.

Diante de todo este panorama repudiamos acintosamente qualquer discurso que postule a “reforma da prisão” como sendo a solução política mais eficaz a ser adotada. Estes discursos reformistas, ao permitirem a glorificação da ideologia do tratamento, mostram-se tão ou mais perniciosos do que os discursos de endurecimento do sistema penal¹⁵⁸. Isto porque escamoteiam a real função desempenhada pelo cárcere, que é a de servir como um verdadeiro depósito de desempregados e consumidores falhos, coroando um processo de marginalização que se mostra indispensável à sobrevivência da sociedade tardo-capitalista. Neste ponto a lição de BARATTA é de uma vitalidade impressionante: “Estas considerações se referem à relação geral entre cárcere e sociedade. Antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do delito choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir”¹⁵⁹. Sua conclusão, portanto, é a de que o objetivo ressocializador é incompatível com o modo de produção capitalista¹⁶⁰. É a mesma conclusão expendida por BERGALLI: “Continuar insistindo em que o cárcere – ainda que se

¹⁵⁶ Esclareça-se: realidade “marginal” em relação aos países da Europa Central.

¹⁵⁷ Interessante estudo sobre a estratificação social brasileira é o de SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.

¹⁵⁸ Não se contentando com um simples posicionamento de reforma das prisões, HULSMAN proclama: “Os movimentos que tentam devolver ao detento sua dignidade humana, através da ‘humanização’ das prisões, geralmente se baseiam num sentimento de solidariedade pela sorte daqueles que foram levados ao cárcere. Mas, é incrível como tais movimentações praticamente não obtêm qualquer avanço. Perdem-se energias consideráveis na areia movediça da instituição penitenciária. (...) A concentração das tentativas de mudança nesta última fase do processo penal se revela, na prática, inoperante. (...) Para estes, onde me incluo, trata-se de derrubar todo o sistema”. (HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1997. p. 93-4).

¹⁵⁹ BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 186.

pretenda qualificá-lo como ‘mal necessário’, desde a prisão e por meio da pena privativa de liberdade – qualquer que seja seu grau de ‘humanização’, pode chegar a satisfazer uma suposta meta de ressocialização, significa auto-alimentar a mesma quimera ideológica... Sem dúvida, já não há possibilidade de encontrar uma utilidade para a prisão e aos seus supostos objetos ressocializadores”¹⁶¹. Desse modo, dentro de um patamar crítico, o único discurso legitimado a falar em ressocialização é aquele que pugna uma efetiva mudança das próprias condições materiais de existência¹⁶².

§ 4º - A ineficácia dissuasória da ameaça da pena.

Sem qualquer vestígio de esmorecimento a Criminologia Crítica ainda encontra fôlego suficiente para enfrentar a idéia da “prevenção geral negativa”, consistente na noção de que a “ameaça da pena” serve como fator dissuasório (contra-estímulo) ao comportamento criminoso em sociedade. Ou seja: partindo-se do pressuposto de que a “ameaça da pena” impede o cometimento do crime por coagir psicologicamente as pessoas, atribui-se ao Direito Penal uma verdadeira função intimidativa, característica esta que possibilitaria enaltecê-lo enquanto um vigoroso meio de combate à delinquência. Pois bem, num viés crítico¹⁶³, esta suposta função motivadora desempenhada pela norma penal é duramente questionada. À evidência que não se chega ao absurdo de dizer que a

¹⁶⁰ “Emerge da análise que conduzimos até agora como o sistema penitenciário é contrário, no seu conjunto, à reinserção do preso, e como a sua real função é a de constituir e manter uma determinada forma de marginalização”. (BARATTA, Alessandro. *Ibid*, p. 187).

¹⁶¹ *Apud* CERVINI, Raul. Op. cit. p. 38.

¹⁶² Há uma boa resenha em: BITENCOURT, Cezar Roberto. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 662, p. 247-257, dez. 1990.

¹⁶³ É sempre importante resgatar uma das principais lições de LUIZ ALBERTO MACHADO: “O objetivo de combate ao crime não é próprio do direito penal”. (MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 14). No mesmo sentido: “O crime é fenômeno sócio-político, que se deve basicamente a um conjunto de fatores ligados à estrutura econômico-social, em relação aos quais o Direito Penal tem muito pouca influência. Não se resolve o problema da criminalidade com o Direito Penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003).

simples existência de um só delito já mostra o quão insustentável é esta teoria; mas, ao se proceder a uma separação em grupos de casos, escancara-se a sua insuficiência em relação a quase totalidade dos crimes.

Dentro de nossa esquematização poderíamos dizer que a interferência da lei penal inexistente nos crimes espontâneos, visto não existir nesta modalidade de crimes um antecedente fracionamento temporal por parte do agente (crimes violentos, p. ex.); incorrendo também no tocante aos crimes cometidos pelos poderosos (afinal de contas os seus autores sabem que – para eles - é a imunidade, e não a criminalização, a regra de funcionamento do sistema penal); não sendo ainda sentida em relação à criminalidade patrimonial e o tráfico de entorpecentes (já que, nestes casos, questões estruturais – p.ex., a fome do filho - são mais importantes do que o próprio temor à lei penal). Conclui-se, assim, com CIRINO DOS SANTOS¹⁶⁴, que o desestímulo pode ocorrer em crimes que permitem uma reflexão prévia por parte do agente - e não saberíamos precisar em relação a quantos destes, posto que este número estaria circunscrito aos que não foram efetivamente cometidos. Em suma, tem-se que a interferência da “ameaça da pena” é realmente ínfima.

Ademais, ressalte-se que vivemos numa época de “hipertrofia do Direito Penal”, propiciada por um ambiente legislativo dentro do qual se concebe que o Direito Penal é a melhor resposta para todos os males da sociedade, permitindo-se, com isso, que o desconhecimento da lei penal passasse a ser uma constante, sobretudo na área das normas penais especiais que compõem o Direito Penal complementar. Este estarrecedor dado de nossa realidade legislativa inviabiliza qualquer digressão acerca de uma possível função intimidativa do Direito Penal, pois como concluiu NILO BATISTA, “é evidente que o cidadão comum não tem a mais remota idéia da existência dessa ‘ameaça penal’ por atacado, que o circunda em todos os passos. (...) Desta forma, sendo a ignorância da lei a regra geral, é pura ingenuidade ou farisaísmo conjecturar sobre a eficácia de uma ‘ameaça penal’ desconhecida pelos ameaçados”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ SANTOS, Juez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

¹⁶⁵ BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 13-14, p. 32-3, jan./jun. 1974.

§ 5º - Síntese da Criminologia Crítica.

A Criminologia Crítica vive em franca e ardente desobediência civil contra a discursivamente adotada finalidade preventiva do Direito Penal, que se operacionalizaria mediante a conjugação dos conceitos de “prevenção geral” – concretizada ainda na cominação abstrata das sanções, representando a “ameaça da pena” destinada a todos os indivíduos, antes do cometimento do crime, com o intuito de dissuadi-los da prática criminosa -, e de “prevenção especial” – concretizada na aplicação concreta das sanções, significando a imposição da pena a um determinado indivíduo, após o cometimento do crime, com o escopo de emendá-lo, curá-lo, reabilitá-lo. Além disso, escancara a seletividade qualitativa que atravessa todas as instâncias do sistema de justiça criminal, despiando-o de toda e qualquer neutralidade e igualdade que nele possa se enxergar, terminando por enfatizar o contundente fracasso da pena de prisão no tocante à sua finalidade declarada.

Em síntese, a Criminologia Crítica deixa-nos plantando bananeiras, permitindo-nos ainda flutuar em relação às nossas antigas verdades. Pelo tormentoso fato dela devassar impiedosamente, com o seu espírito avassalador, a até então impenetrável penumbra da Dogmática rígida, acaba ela mesma por soprar todos os nossos “castelos de cartas”. Aliás, a Criminologia Crítica coloca aquela Dogmática no divã, fazendo-nos saltar aos olhos o seu inconsciente discurso silenciado e oculto. Sentimo-nos, assim, projetados para o inóspito terreno da realidade, descortinado que está o imenso e angustiante vale da miséria e mediocridade humanas. Enfim, ela pulveriza nossa morada, arrancando-nos de sua proteção e, sem nos suscitar qualquer espécie de nostalgia, orienta-nos para uma reconstrução. O que fazer com estes nossos escombros é a questão central que se nos afigura a partir deste momento. Desvela-se, então, a necessidade de se estudar a “política criminal”.

Capítulo 5 – A INVERSÃO DE SINAL EM POLÍTICA CRIMINAL.

No capítulo passado analisamos a Criminologia que, no apogeu do positivismo naturalista, surgiu como ciência causal-explicativa, isto é, uma ciência que se ocupava de explicar os fatores e as causas da delinquência (paradigma etiológico); passando, após, esta mesma ciência por uma mudança paradigmática, deixando de ser uma teoria da criminalidade (cujo objeto são as causas do desvio) para se tornar uma teoria da criminalização, vale dizer, virando uma ciência que coloca o próprio sistema penal e o funcionamento seletivo dos

mecanismos sociais e institucionais de reação social no centro das preocupações dos criminólogos (paradigma da reação social).

Verificamos também que a Criminologia Crítica reclama um salto qualitativo em relação ao *labeling approach*, qual seja, enxergar o próprio comportamento social negativo dentro de uma estrutura de classes, valendo-se de uma teoria materialista do desvio. Pois bem, neste capítulo discorreremos sobre a Política Criminal, cujo percurso histórico – aliás – acompanha esta mudança de postura ocorrida dentro da ciência criminológica, até porque existe uma totalidade dialética entre estas duas ciências, como destaca PULITANÓ: “há entre a criminologia e a política criminal a distinção – e ao mesmo tempo o relacionamento – intercorrente entre a capacidade de *interpretar* e aquela de *transformar* certa realidade”¹⁶⁶.

Seção 1 - Política Criminal Tradicional.

Com efeito, a primeira noção que se formula acerca da Política Criminal é essencialmente conservadora e reacionária, vez que se parte do inquestionável pressuposto de que o Direito Penal realmente cumpre sua declarada finalidade preventiva, protegendo a ordem social mediante um efetivo e inibitório combate à delinquência. Devemos compreender, pois, que o conceito tradicionalmente destinado à Política Criminal é um signo indelével da “ideologia da defesa social” que, como vimos, percorre todo o trajeto entre a conformação do saber penal moderno (classicismo) e a sua consolidação (positivismo).

Nesse contexto, a Política Criminal é enfocada enquanto uma atividade que estipula diretrizes ao legislador para uma proteção mais eficaz da sociedade diante do fenômeno delitivo, como podemos perceber no conceito empregado por DELMAS-MARTY, para quem é a Política Criminal um “conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”¹⁶⁷. Aqui, expõe NILO BATISTA, a Política Criminal é apreendida como uma “conselheira da sanção penal, que se limitaria a indicar ao legislador onde e

¹⁶⁶ Apud BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

¹⁶⁷ Apud PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 1999. P. 28.

quando criminalizar condutas”¹⁶⁸, atuando nitidamente no sentido de incrementar a funcionalidade repressiva do Direito Penal.

Numa visão tradicional a Política Criminal consistiria, como retrata DOTTI, numa “sabedoria legislativa do Estado na luta contra as infrações penais”¹⁶⁹. De fato, esta concepção habitualmente reúne sob a rubrica “Política Criminal” tanto a efetiva crítica do direito vigente quanto a sugestão das reformas necessárias a esta legislação penal em vigor, valendo-se – sobretudo – das descobertas criminológicas, sendo tributária, portanto, de uma apropriação teórica da Criminologia enquanto uma ciência que estuda as causas e os fatores da delinquência (paradigma etiológico)¹⁷⁰.

Não é à toa que VON LISZT – teórico de matiz positivista - entendia ser a Política Criminal um “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do delito e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado há de levar a cabo a luta contra o delito por meio da pena e das instituições com ela relacionadas”¹⁷¹. Num primeiro momento, então, seria a Política Criminal um verdadeiro elo de ligação entre o Direito Penal e a Criminologia, não podendo – em hipótese alguma – imiscuir-se no terreno obtuso e indevassável do Direito Penal¹⁷².

¹⁶⁸ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 35.

¹⁶⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 74.

¹⁷⁰ A abordagem inicial de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO inclina-se exatamente por este viés: “É a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 23). Esta é, aliás, a postura da doutrina tradicional: “A política criminal examina o Direito em vigor, apreciando a sua idoneidade na proteção social contra os criminosos e, em resultado dessa crítica, sugere as reformas necessárias” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 1. Campinas: Ed. Bookseller, 1997. p. 93-4). “É ela crítica e reforma. Crítica quando examina e estuda as instituições jurídicas existentes, e reforma quando preconiza sua modificação e aperfeiçoamento” (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 1. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. p. 17).

¹⁷¹ *Apud* ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Manuel Izquierdo Macías-Picovea. Madrid: Ed. EDESA, 1979. p. 2.

¹⁷² “Na realidade ela se situa entre a Criminologia e o Direito Penal, entre os estudos do crime como fenômeno social e humano, cujos dados utiliza, e a prescrição de normas para a sua disciplina jurídica, que ela se destina a orientar” (BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967. p. 33-4). “A Política Criminal, primeiramente, se ocupa da reforma do direito vigente. Sem embargo, apóia nos logros empíricos da Criminologia suas demandas para a melhoria futura do Direito em

Seção 2 - Política Criminal Alternativa.

Ao constataremos a efetiva repercussão que desperta a dimensão epistemológica da Criminologia na estruturação conceitual da Política Criminal, corretamente supomos que a ruptura paradigmática vivenciada por aquela deva ter fortemente influenciado a apropriação teórica desta. De fato, foi precisamente o olhar questionador da Criminologia Crítica que possibilitou uma estrondosa mudança de postura no seio da Política Criminal. Ora, a partir do momento em que reconhecemos – ao mesmo tempo: (i) o fracasso da pena de prisão enquanto meio ressocializador (sua falência, portanto, quanto às suas finalidades anunciadas); (ii) a ineficácia da função intimidativa da ameaça da pena (a afirmação explícita de que o Direito Penal, na quase totalidade dos casos, não inibe o comportamento criminoso); (iii) a seletividade qualitativa do sistema de justiça criminal (não se mostrando igualitário e neutro, visto funcionar como verdadeira epidemia, atingindo somente os mais vulneráveis) – impõe-se-nos obrigatoriamente um repensar acerca daquele conceito tradicionalmente instrumentalizado em Política Criminal¹⁷³, consistente na afirmação de que lhe cabe desempenhar a tarefa de mera “conselheira da sanção penal”.

Esta revisitação teórica, propiciada pela mudança paradigmática ocorrida na Criminologia, cinde inevitavelmente aquela visão tradicional, verificando-se – a

vigor. Desta forma, a Política Criminal atua de ponte entre a Dogmática Jurídico-Penal e a Criminologia” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 36-7). Em síntese: “É um elo científico entre a doutrina, os achados criminológicos e o direito positivo” (MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999. p. 21).

¹⁷³ FRAGOSO torna-se contundente no decorrer de sua exposição: “Na medida em que a moderna Criminologia voltou-se para o próprio sistema repressivo e o submeteu a análise e pesquisa, pode-se verificar que certos princípios gerais, admitidos como pressupostos, não correspondem à realidade e devem ser postos em dúvida. O efeito preventivo da ameaça penal não está demonstrado; o efeito ressocializador e preventivo da pena evidentemente não existe, pelo menos no que diz respeito à pena de prisão. (...) Uma política criminal moderna, em consequência, orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.* p. 24).

partir de uma conformação teórica alternativa – uma contundente inversão de sinal dentro da Política Criminal, devendo esta ser visualizada enquanto uma “conselheira da sanção não-penal”, como pugna NILO BATISTA¹⁷⁴. Na esteira desse entendimento por política criminal alternativa reputaremos toda uma frente ampla que postula a permanente redução do âmbito de atuação do sistema penal. Sem dúvida, este é o lema a se seguir dentro de uma posição mais reflexiva e crítica: contração do sistema punitivo! E esta contração do sistema penal pode ser viabilizada mediante a consecução de duas propostas distintas: a abolicionista e a minimalista. Começemos a abordagem pelo abolicionismo penal.

§ 1º - O abolicionismo penal.

A idéia central da proposta de abolicionismo do sistema penal é extremamente simples e prontamente acessível: já que o atual sistema de solução de conflitos (modo punitivo) revela ser impiedosamente irracional, atroz e iníquo¹⁷⁵, produzindo mais efeitos negativos do que positivos para todas as pessoas com ele envolvidas¹⁷⁶, configurando-se, ainda, como uma solução falsa e aparente para os conflitos sociais¹⁷⁷, impõe-se a sua imediata substituição por outros

¹⁷⁴ “A constatação, pela pesquisa empírica nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica inversão de sinal: uma política criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do sistema penal” (BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 36).

¹⁷⁵ Nos capítulos iniciais de sua obra HULSMAN aborda todos os fenômenos atinentes à pena de prisão. A “transferência da pena, a “prisionização”, a “estigmatização”, a “despersonalização” e a “dessocialização” são por ele desenvolvidas, sendo que o trecho mais significativo é este: “Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. Nem todo sofrimento é um mal. Há sofrimentos benéficos, que fazem progredir no conhecimento de nós mesmos, abrindo novos caminhos, nos aproximando dos outros e nos tornando melhores. O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um *nonsense*” (HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1997. p. 62).

¹⁷⁶ Deve-se procurar entender que o sistema penal também estereotipa as vítimas: “A intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre a ‘vítima’, como sobre o ‘delinqüente’. Todos são tratados da mesma maneira. Supõe-se que todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades. O sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade. Operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger” (HULSMAN, Louk. *Ibid.* p. 83-4).

¹⁷⁷ “Comparado com o sistema penal estatal, que não controla qualquer situação, tal enfoque certamente tem melhores chances” (HULSMAN, Louk. *Ibid.* p. 104).

modelos de solução de conflitos que se mostrem mais humanizadores e menos nocivos. Com efeito, sintetiza ZAFFARONI que este abolicionismo radical do sistema penal prega “sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos”¹⁷⁸. Repare-se que em nenhum momento se abdica da concepção do Estado enquanto ente detentor do monopólio da coerção legítima¹⁷⁹; o que se postula, dentro do abolicionismo penal, é apenas a transferência da solução do conflito atualmente equacionado pelo sistema penal para o âmbito administrativo ou civil, modos de solução de conflitos, aliás, já ativados no seio social, e que são majoritariamente usados, como evidenciam as investigações acerca da vultosa “cifra negra da delinquência”¹⁸⁰.

Em decorrência, a proposta abolicionista não pode ser confundida com uma proposta anarquista. Esta pecha é invariavelmente apontada por todos os teóricos que se conformam e se articulam em torno do “falso consenso social”, sobre o qual repousa o sistema penal vigente¹⁸¹; todavia, reconhecemos que esta atribuição é leviana e ardilosa. Ora, não há nada mais cômodo e conveniente para o poder do que achincalhar qualquer proposta séria que levante suspeitas sobre o real e verdadeiro modo de funcionamento do sistema penal. À evidência que uma teoria tão ácida e visceral e, por conta disso mesmo, tão lesiva aos interesses dos que operam o sistema penal – e, sobretudo, dos que podem continuar a viver e

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 97.

¹⁷⁹ “Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas. Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir a noção de responsabilidade pessoal” (HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 86).

¹⁸⁰ “Com esta preocupação, numerosas pesquisas tentaram descobrir o volume de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza. Este volume é considerável. (...) Tal descoberta constitui um ponto de partida extraordinariamente importante, dentro de uma reflexão global sobre o sistema penal. Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? (...) Na verdade, a maioria dos conflitos interpessoais se resolve fora do sistema penal, graças a acordos, mediações, decisões privadas dos interessados. (...) A solução de problemas interpessoais em contextos privados acontece com muito mais freqüência do que se imagina. (HULSMAN, Louk. *Ibid.* p. 65-6; 74; 129)

¹⁸¹ O que espanta é o fato de que até autores críticos chegam a rotulá-la enquanto “anárquica”: CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 72.

consumir em virtude de seu letal modo de agir – não pode deixar de ocupar permanentemente o banco dos réus. Estampa-se a necessidade de se repudiar veementemente qualquer esforço teórico que procure desvelar o “não-dito” do sistema penal; qualquer atitude teórica que coloque em xeque a existência mesma do sistema penal está fadada à ganhar inescrupulosamente a rotulação de “anarquista”, “niilista” e “estéril”.

Parece-me que raquítica e insossa é justamente a visão daqueles que enxergam no abolicionismo penal apenas uma dimensão teórica negativa e desconstrutiva. Fazer “abolicionismo penal” é muito mais do que deslegitimar algo colocado em funcionamento justamente para operar de modo fraudulentamente diferente do que fora programado. Assim, além de escancarar todas as vicissitudes do sistema de justiça criminal, estilhaçando por completo os seus anunciados e ideais objetivos de “neutralidade” e “imparcialidade”, a prática abolicionista necessariamente passa por uma enérgica reformulação da postura de seus operadores jurídicos¹⁸², bem como por uma impetuosa redefinição conceitual do próprio conflito (visto, a partir de agora, como “situação problemática”)¹⁸³ e de seus possíveis modos de solução. Senão vejamos.

Para demonstrar quais são estes outros modos de solução de conflitos HULSMAN didaticamente trabalha com o exemplo do estudante que, morando numa república com outros quatro estudantes, resolve se arremessar furiosamente contra a televisão, danificando-a de forma irreparável, quebrando ainda alguns pratos¹⁸⁴. A narrativa do autor evidencia que, além do sistema punitivo (expulsão da casa), nós podemos ter para a solução da mesma “situação problemática” outros três modelos pertinentes: compensatório (pagar o valor do conserto), terapêutico (iniciar tratamento médico) e conciliatório (conversa franca ao redor da mesa). Note-se que, mediante a proposta abolicionista procura-se basicamente resgatar a idéia do conflito enquanto propriedade das pessoas nele envolvidas (“autor” e “vítima”), vez que o Estado – ao alijar a vítima do processo

¹⁸² HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 90-1.

¹⁸³ “Para mim, não existem nem crimes nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”. (HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 101).

¹⁸⁴ HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 100.

de resolução de seus próprios conflitos – desumanizou-os irreversivelmente¹⁸⁵. Sustenta-se, pois, a necessidade de que a solução dos conflitos advenha de uma negociação de todas as partes diretamente nele envolvidas, viabilizada pela realização de “encontros cara-a-cara” coordenados por pessoas preparadas para permitir que as próprias partes decidam o seu conflito (“*community boardies*”), vez que somente deste modo se possibilitaria – mediante o reforço dos vínculos associativos e horizontais – a efetiva solução do conflito¹⁸⁶. Na opinião de CHRISTIE, “deveríamos confiar na extraordinária habilidade das pessoas comuns (...) A maioria das pessoas são maduras, capazes de enfrentar problemas complexos de forma justa, se forem colocadas em situações sociais nas quais possam demonstrar esses atributos”¹⁸⁷, porque só assim teremos a verdadeira solução do conflito, e não apenas a sua momentânea “suspensão do conflito”.

Entretanto, esse mesmo autor acredita que esta possibilidade deva concretizar-se, sobretudo, em relação aos crimes não-violentos, pois nas hipóteses de crimes violentos nem todos os infratores e vítimas se submeteriam a esta outra forma de resolução do conflito. Nestes casos, segundo CHRISTIE, a solução penal é inevitável¹⁸⁸. Esta retração em seu posicionamento inicial propicia a afirmação de que o autor norueguês é, hoje, um “abolicionista minimalista”. De outro lado, ao rechaçar esta concepção de uma transferência reduzida às hipóteses de crimes não-violentos, HULSMAN mostra ser um “abolicionista radical”. Alega o autor holandês que: (i) esta limitação aos crimes não-violentos só seria viável se houvesse a constatação de que o meio atualmente empregado para conter os casos de homicídio, estupro, roubo, etc., é realmente eficaz diante

¹⁸⁵ “O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como ‘o delinquente’ e ‘a vítima’. Tanto quanto o autor do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva o domínio do acontecimento que viveu”. (HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 82).

¹⁸⁶ “Em qualquer caso, seria preciso devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre seus conflitos. (...) O encontro cara-a-cara deveria ser sempre possível, pois as explicações mútuas, a troca de experiências vividas e, eventualmente, a presença ativa de pessoas psicologicamente próximas, podem conduzir, num encontro desta natureza, a soluções realistas para o futuro” (HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 102).

¹⁸⁷ *Apud* CERVINI, Raul. Op. cit. p. 77.

¹⁸⁸ CHRISTIE, Nils. Conversa com um abolicionista minimalista (entrevista concedida à Ana Sofia Schmidt de Oliveira e André Isola Fonseca). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 21, p. 13-22, jan./mar. 1998.

desta espécie de risco; (ii) além disso, exigir-se-ia a comprovação de que este meio atualmente usado é o único disponível e capaz de garantir tal proteção¹⁸⁹.

Se, internamente, o abolicionismo penal vê-se obrigado a suportar algumas tensões; externamente, esta proposta político-criminal aparece como o alvo dileto das mais variadas e difusas críticas que, a todo custo, procuram fissurá-lo. Nossa tentativa de sintetizá-las principia pela trivial acusação a ela endereçada, consistente na interpretação e veiculação de que se trataria de uma proposta utópica¹⁹⁰. O abolicionismo penal seria uma proposta politicamente inalcançável e historicamente irrealizável. Ora, parece-me que utópicas são as propostas teóricas que acreditam no desaparecimento do próprio conflito e não as propostas que, a despeito de proporem a abolição do sistema penal, reconhecem que determinados conflitos continuarão a existir¹⁹¹. Ademais, apesar da recusa de HULSMAN ao “tratamento bifronte” da criminalidade (quer-se a abolição do sistema penal para todos)¹⁹², a colocação de ZAFFARONI é de inteira procedência: “Do ponto de vista de nossa região marginal não há razão alguma para se crer que seja menos utópico um modelo de sociedade no qual não existe invulnerabilidade penal para os poderosos do que um modelo de sociedade no qual seja abolido o sistema penal”¹⁹³. É que certamente o abolicionismo penal, arquitetado sobre a possibilidade da extensão igualitária de um tratamento que já existe para uma parcela da sociedade aos demais setores da sociedade, mostra-se aos olhos do poder como uma daquelas “utopias” que não devem historicamente se concretizar. Mas, conquanto tenhamos evidenciado a sua

¹⁸⁹ HULSMAN, Louk. Op. cit. p. 107-8.

¹⁹⁰ Esta crítica, facilmente encontrável em setores conservadores da doutrina, às vezes aparece em obras mais arejadas, dentre as quais podemos citar a de MUÑOZ CONDE: “As perspectivas abolicionistas pertencem ao mundo das utopias e, em todo caso, não podem formar-se à margem de um determinado modelo de Sociedade e de Estado” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal*: parte general. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 76).

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 104.

¹⁹² “Proceder a novas criminalizações nos campos onde hoje não funciona o sistema penal chega a me parecer uma manobra desastrosa, que, ricocheteando, acabaria por lhe dar uma nova legitimação. (...) Para mim, o princípio da abolição necessária do sistema penal, da máquina penal tal como a defino, não deve sofrer qualquer exceção”. (HULSMAN, Louk. Op. cit. p. 122-3).

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. p. 108.

faticidade¹⁹⁴, qual seria o inconveniente de uma proposta – e não é o caso, definitivamente, desta – que se mostrasse essencialmente utópica? Parece-me que as “utopias” estão aí para serem realizadas, não por um rompante conjuntural – evidentemente - mas mediante um laborioso e obstinado processo de articulação histórico-social. Não podemos nos esquecer que são as “utopias” verdadeiras estrelas-guia da humanidade, sendo retumbante a lembrança de ZAFFARONI: sem utopia não há mudança e o homem que renuncia às utopias, acaba por renunciar a sua própria condição humana¹⁹⁵.

A segunda crítica normalmente dirigida ao abolicionismo penal anuncia que a sua implementação prática geraria uma anarquia punitiva. O desaparecimento do sistema penal permitiria que a vingança privada ressurgisse com todo o seu vigor. Contudo, ressalte-se: o abolicionismo penal é uma proposta que se vale de instâncias de solução de conflitos já ativadas no seio social¹⁹⁶. Além disso, ZAFFARONI sutilmente observa que, apesar do atual modelo repressivo incidir em pouquíssimos casos – restando a esmagadora maioria das ocorrências impunes, nós não temos o afloramento de reações vingativas descontroladas¹⁹⁷. Diagnosticando a realidade de forma completamente antagônica, mas abastecido do mesmo propósito de desautorizar qualquer influência que a implantação da proposta abolicionista possa ter em relação ao ressurgimento da chamada “justiça pelas próprias mãos”, HULSMAN argumenta que “o renascimento das milícias e justiças privadas, agindo sob a forma de autodefesa punitiva, se dá precisamente em contextos onde o sistema penal funciona a todo vapor”¹⁹⁸. Não há que se temer, pois, que os mais débeis do sistema social – impossibilitados

¹⁹⁴ “E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade” (HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 66).

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de America Latina. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 224.

¹⁹⁶ HULSMAN, Louk. Práticas punitivas: um pensamento diferente (entrevista concedida à Juan Felix Marteau e traduzida por Helena Singer). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 14, p. 22, abr./jun. 1996.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 106.

¹⁹⁸ HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1997. p. 114.

materialmente de constituir esta defesa privada - possam ser os principais vitimizados com a concretização da proposta abolicionista, como já sugeriu SILVA FRANCO¹⁹⁹. Não podemos nos esquecer que o abolicionismo penal é uma proposta que se interessa “mais e melhor pelos interesses da vítima”²⁰⁰.

O próprio HULSMAN percebia esta espécie de crítica: “Ouço dizer: suprimir o sistema penal seria deixar o campo livre para os malfeitores!”²⁰¹, para posteriormente responder: “Estou convencido de que a abolição do sistema penal num país determinado não aumentaria ali os riscos reais de graves enfrentamentos ou violências. De um lado, porque as situações em questão passariam a ser examinadas a partir de uma aproximação humana. Por outro lado, porque a perspectiva abolicionista reconhece a necessidade de manutenção de mecanismos de urgência a que se deve recorrer em tempos, ou intervalos, de crise. Uma coisa é suprimir a mecânica penal. Outra coisa é excluir toda coerção. É preciso dar à polícia, no âmbito da manutenção da paz pública, a possibilidade de prender um indivíduo que está atacando outro, ou que se recusa a deixar determinadas situações – como ela faz em outras circunstâncias, numa atuação de emergência”²⁰².

Talvez seja justamente neste trecho da obra de seu principal cultor que possamos entrever a terceira – e, ao meu ver, a mais pertinente e arrasadora – crítica que se estabelece no tocante ao abolicionismo penal. Quais seriam os limites e como se procederia ao controle deste especial mecanismo de urgência? Além disso, será que aqueles outros modos de resolução de conflitos (conciliatório, compensatório, terapêutico), a despeito de estarem ativados no tecido social, não se mostrariam – diante de um novo objeto descortinado – ainda mais irracionais e opressores do que o modelo atualmente empregado (sistema penal)?²⁰³ Quer-me parecer que, por atuarem habitualmente sem a estipulação de qualquer espécie de respeito às garantias individuais, estes aparatos de controle

¹⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 7.

²⁰⁰ HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 116.

²⁰¹ HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 107.

²⁰² HULSMAN, Louk. *Ibid*, p. 113.

²⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 79.

social possam se mostrar tão ou mais estigmatizantes e repressivos do que o próprio sistema penal. Em relação ao modo terapêutico de solução dos conflitos teríamos provavelmente a retomada de um velho e ultrapassado modelo que simplesmente desconhece o fato de ser o tratamento médico – dentro do Estado Democrático de Direito – um direito do indivíduo e um dever do Estado (e não o contrário). Correr-se-á o risco do “neopositivismo”, vivamente sentido em recente proposta legislativa de impelir ao usuário de drogas um tratamento compulsório.

De sua vez, no que se refere à solução civil (modos conciliatório e compensatório) ofertada pelo abolicionismo penal, somos obrigados a reconhecer que, uma vez não extinta a estrutura de poder do Estado, aquela relação classista contraditória continuaria a se manifestar nestes renovados meios de resolução do conflito. Vale dizer, dentro de uma estrutura social lógica e estruturalmente antagônica, toda e qualquer forma de solução de conflitos será seletiva e discriminatória, como reconhece em uma nota de rodapé o, agora, balbuciante HULSMAN: “A perspectiva aqui indicada, evidentemente, não contém uma solução pronta para o problema da correlação desigual de forças entre as pessoas implicadas num conflito. (...) As diferenças na correlação de forças são menores, quando as pessoas se encontram cara-a-cara, pois as desigualdades não são absolutas, dizendo respeito apenas a alguns aspectos desta correlação de forças. Da mesma forma, alguns *handicaps* se anulam num encontro cara-a-cara. Entretanto, não se deve considerar que a esperada mitigação vinda com a abolição permita a afirmação de que os encontros cara-a-cara constituem a resposta ao problema levantado, na medida em que estamos tratando com sociedades extremamente estratificadas”²⁰⁴. A verossimilhança desta crítica parece-me concludente, levando-nos necessariamente à análise da outra proposta político-criminal alternativa: o minimalismo penal.

§ 2º - O minimalismo penal.

Já que estes outros modos de resolução dos conflitos propostos pelo abolicionismo penal (terapêutico, conciliatório e compensatório) podem suprimir

²⁰⁴ HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 128-9.

garantias individuais, denegando o princípio da igualdade tanto em sua dimensão formal quanto em sua dimensão material, surge uma corrente político-criminal que - ao invés de propor o imediato e irrestrito desaparecimento do sistema penal – sugere uma contenção gradativa de seu âmbito de incidência²⁰⁵. Esta outra proposta entende que o sistema penal, enquanto instância de solução dos conflitos, deve continuar a ser utilizado, desde que esta sobrevida esteja sob o império de uma perspectiva mais racionalizante e menos seletiva e discriminatória.

Logo, sempre que se mostrar possível, deve-se evitar o emprego do modo punitivo na solução de um conflito. Pelo minimalismo penal, nos dizeres de ZAFFARONI, “impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível”²⁰⁶. E de que forma nós operacionalizaríamos esta salvação da solução punitiva de tudo aquilo que for possível? Sobretudo alinhavando um amplo e gradativo processo simultâneo de descriminalização e despenalização²⁰⁷.

Descriminalizar significa retirar o caráter de ilícito penal de um fato. Com efeito, ao se extrair do fato atualmente ilícito este predicado, temos uma atividade de descriminalização ou desincriminação. E esta atividade pode manifestar-se de duas maneiras distintas: quando o sistema perde a competência para atuar em virtude da ausência de mandato/proibição, pela qual se passa a permitir penalmente a conduta (descriminalização formal); quando o sistema, a despeito da existência formal de regra – mandato ou proibição - que incide sobre o caso, deixa de funcionar como o idealmente proposto (descriminalização de fato)²⁰⁸.

²⁰⁵ “Visto que, num sistema penal calcado sobre a privação da liberdade, a ‘ameaça penal’ não impede o exercício do crime, e a execução da pena degrada o remanescente moral do condenado, e o estigmatiza socialmente, é forçoso convir que têm toda razão aqueles que desconfiam da solução penal, seja um homem do povo, seja um Juiz da Corte Suprema. A idéia que se coloca, então, é a idéia de *salvar* da solução penal tudo aquilo que for possível” (BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 13-14, p. 34, jan./jun. 1974).

²⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 80.

²⁰⁷ “A primeira das propostas fundamentais para reverter esse quadro de anomia que envolve o sistema criminal consiste na necessidade de se levar a frente um amplo movimento de descriminalização e despenalização” (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 37).

²⁰⁸ CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 72-5.

Pois bem, dentro do minimalismo penal inicialmente se sustenta a necessidade de uma ampla descriminalização das atividades típicas das classes marginalizadas (a título exemplificativo, a mendicância e a vadiagem poderiam certamente abandonar o rol das contravenções penais)²⁰⁹ e de outras infrações menos lesivas (em breve alusão à Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais Estaduais, SILVA FRANCO demonstrou coragem ao defender que todas aquelas “infrações de menor potencial ofensivo” deveriam, em verdade, ter passado pelo processo de descriminalização)²¹⁰.

É comum, ainda, encontrarmos nesta linhagem político-criminal algumas propostas de despenalização. Despenalizar significa evitar a utilização da pena privativa de liberdade enquanto resposta punitiva. Portanto, uma vez inviabilizado o processo de retirada do caráter de ilícito penal do fato (descriminalização), deve-se ao menos buscar sucedâneos à pena de prisão. Com efeito, toda atividade legislativa que se oriente por uma disponibilização de formas sancionatórias alternativas à pena privativa de liberdade (possibilitando uma maior aplicação das penas restritivas de direitos e da pena de multa, por exemplo) pode ser definida enquanto uma atividade despenalizadora²¹¹. Em linhas gerais, este é o minimalismo penal.

Seção 3 - Política Criminal Reacionária (Lei e Ordem).

Como habitualmente sucede no discurso científico, o aparecimento de uma leitura político-criminal alternativa provocou um enrijecimento da visão tradicional nesta área. Com efeito, há alguns anos presenciamos o alvorecer de uma concepção político-criminal reacionária (*law and order*) e sua subsequente difusão pelo senso comum de justiça criminal e – pasmemos – por muitos de nossos corredores “científicos”. Partindo de uma abordagem maniqueísta da sociedade

²⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 662, p. 254, dez. 1990.

²¹⁰ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 12.

²¹¹ CERVINI, Raul. *Op. cit.* p. 75-6.

(que estaria polarizada entre os bons – nós, é claro – e os maus – eles, é óbvio)²¹² e escorados num falso acordo supostamente existente em sociedade (o “falso consenso social” a que se refere HULSMAN)²¹³, os artífices desta construção teórica entendem que a eficácia preventiva do Direito Penal somente seria materializada se houvesse um endurecimento do regime repressivo, viabilizado principalmente mediante a implementação de leis penais mais severas que contivessem em seu arsenal sancionatório a pena de morte e a pena de reclusão perpétua.

Desfraldando a bandeira do eficientismo alcançável pelo terror – dentro do qual “rigor das penas” e “cancelamento dos benefícios penais” são palavras de ordem - estes autores divisam uma dimensão negativa na prevenção especial da pena, postulando, em síntese, como anota ZAFFARONI, a transformação do sistema penal “em um sistema realmente preventivo pelo terror, a eliminação e a segregação definitiva”²¹⁴. São espécimes desta modelagem político-criminal a perpetuação incontestada da lei dos crimes hediondos (ao menos do ponto de vista oficial, que o diga o aguerrido ex-Ministro da Justiça José Carlos Dias) e a recente implantação do regime disciplinar diferenciado na execução penal brasileira.

Mostra-se impreterível demarcar que esta proposta político-criminal reacionária tem a sua articulação central nos meios de comunicação social de massa (*mass media*), sem os quais seus pilares teóricos se esvaneceriam e os discursos de seus principais epígonos tornar-se-iam risíveis. Esta dependência é facilmente verificável se percebermos que estes meios, em todo momento, se encarregam de generalizar episódios de efeitos locais com o único objetivo de

²¹² “Os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte. Estas duas seriam as únicas reações adequadas para enfrentar a criminalidade crescente e intimidar as tendências criminosas. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, àqueles que não delinquem” (DOTTI, René Ariel. *Op. cit.* p. 21). Um fiel retrato deste maniqueísmo pode ser encontrado também em HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 56-7; 68.

²¹³ HULSMAN, Louk. *Ibid.* p. 55-6.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 82.

gerar um verdadeiro estado de pânico coletivo, enraizando o colérico discurso da eliminação do outro²¹⁵.

Além disso, esta divulgação maciça da violência espasmódica, apoiada sobre a mesmice recalcitrante de seu discurso obsoleto, engendra a decolagem de algumas carreiras políticas (desnecessário dizer que tivemos diversos exemplos de um espúrio aproveitamento político por parte de sujeitos maliciosos e hábeis - pertencentes a todos os partidos políticos²¹⁶ - dentre os quais podemos citar um ex-promotor de justiça paulista que se transformou subitamente em deputado federal após a sua defesa pública de um plebiscito para a aprovação da pena de reclusão perpétua) e escamoteia a frondosa fruição econômica propiciada aos que investem no sistema penal (indústria do controle do crime)²¹⁷ pelo aparecimento de políticas públicas opressoras na área de segurança pública (especialmente por aquelas que se amoldam à nova-iorquina “tolerância zero”)²¹⁸.

Seção 4 - O abolicionismo penal como meta de trabalho.

À evidência que esta proposta político-criminal reacionária (“lei e ordem”) não pode ser sequer ventilada dentro de um Estado Democrático de Direito, visto demandar uma postura autoritária e antidemocrática, que gera um aniquilamento de diversas garantias constitucionais. Atualmente, parece-me que devemos nos alinhar a um Direito Penal mínimo, vez que a carta de intenções político-criminais

²¹⁵ “Essa propaganda maciça de fatos assustadores provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam movimentos políticos, geralmente autoritários, para se apresentarem como detentores da fórmula infalível contra a onda criminosa, que querem inculcar existir. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo-retributivo, que recebe, agora, o enganoso nome de Movimento de Lei e Ordem” (ARAÚJO JR., João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 70). Ainda sobre esta mendaz manipulação das estatísticas: HULSMAN, Louk. *Op. cit.* p. 109-112.

²¹⁶ Inclusive por quadros políticos pertencentes a partidos reconhecidamente de “esquerda” como nos mostra KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, a.1, n. 1, jan./jun. 1996.

²¹⁷ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGS em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

²¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Notadez/PUC-RS/ITEC, ano 3, n. 11, p. 23-29, 2003.

do minimalismo penal evoca necessariamente a instrumentalização de uma Dogmática jurídico-penal racionalizante, graças à qual os conceitos são estruturados a partir de uma concepção delimitadora da intervenção punitiva estatal (como veremos na segunda parte deste trabalho). Desse modo, justamente por estarmos obrigados a manejar um Direito Penal de índole democrática e constitucional é que deveremos optar pela proposta político-criminal oferecida pelo minimalismo penal.

Advirta-se, contudo, que, inspirados por BARATTA²¹⁹ e ZAFFARONI²²⁰, desenvolveremos um minimalismo enquanto uma passagem de trânsito rumo ao abolicionismo. Em que pese existir uma diferenciação quantitativa entre ambas (abolicionistas pregando o imediato desaparecimento do sistema penal; minimalistas sustentando sua corrosão paulatina), qualitativamente estas duas propostas político-criminais não apresentam diferenças dignas de nota. Não é à toa que ZAFFARONI nos exorta: “Trata-se de uma discussão sempre importante, mas que não nos pode fazer esquecer que aqui, hoje, o fundamental é saber que temos que ir em direção a uma redução do sistema penal, seja como for, é dizer, como passo imediato ou como passo final, porque toda demora na redução conta-se em mortes”²²¹. De fato, não se mostra relevante saber qual das propostas político-criminais alternativas deve preponderar, já que o mais importante é salvar vidas. Em consequência, por ora, devemos incentivar sem pudor este movimento

²¹⁹ “Uma análise realista e radical das funções efetivas desempenhadas pelo cárcere, a comprovação do fracasso dessa instituição em relação com os fins de controle da criminalidade e da reintegração do infrator à sociedade, da incidência que esta tem, não só no processo de marginalização dos indivíduos mas, também, no enfraquecimento das fases marginais da classe trabalhadora, somente nos pode conduzir à individualização do objetivo final da estratégia alternativa: este objetivo é a abolição da instituição carcerária. A demolição dos muros do cárcere tem, para a nova criminologia, o mesmo significado programático, que a dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria” (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 23, p. 17).

²²⁰ “Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘*unfinished*’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 106).

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal en los países de América Latina. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 224.

de descriminalização e despenalização para que, uma vez amadurecidos, possamos suprimir definitivamente a pena privativa de liberdade. Eis nosso destino: sermos minimalistas na partida e abolicionistas na chegada!

2ª PARTE: PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS (“IMPULSO REESTRUTURADOR”).

Capítulo 6 – A NECESSIDADE DE UMA NOVA DOGMÁTICA PENAL.

Já vimos na primeira parte deste trabalho que o mais judicioso é desenvolver uma abordagem teórica das “ciências penais” dentro de uma tripartição em Dogmática jurídico-penal, Criminologia e Política criminal. Como destas últimas já nos desvencilhamos, e evidenciada que está a unidade simbiótica existente entre ambas, resta-nos realizar uma investigação acerca da Dogmática jurídico-penal sob uma perspectiva de análise que se pautar pelo desvendamento dos efeitos ocasionados por aquela dialetização entre Criminologia e Política criminal. Desse modo, esta segunda parte de nosso trabalho deve principiar por uma breve consideração conceitual sobre a Dogmática jurídico-penal, enveredando-se, depois, por um parcimonioso exame das possíveis modelagens dogmáticas, inclinando-nos, por fim, a uma necessidade de opção por um destes modelos: esta escolha recairá precisamente sobre aquele que viabiliza e instrumentaliza a consagração de um Estado constitucional de direito.

Seção 1 - Conceito e delimitação da dogmática jurídico-penal.

A princípio, devemos ter em mente que a expressão “Direito Penal” possui um duplo significado, que deve ser liminarmente esclarecido, já que – em virtude desta duplicidade de sentido - seu emprego resulta sempre ambíguo. Todas as vezes que nos depararmos com a expressão “Direito Penal” podemos estar diante de uma referência a um sistema de normas, à própria legislação penal, ao também chamado “Direito Penal objetivo”; assim como podemos estar nos remontando a um sistema de conceitos, ao saber interpretativo daquele Direito Penal objetivo, enfim, à Ciência do Direito Penal²²².

É interessante notar que no Direito – ao contrário do que sucede em outros tradicionais ramos de conhecimento - o “objeto” e a “ciência” destinada a este objeto têm a mesma denominação, obrigando-nos a concluir com perplexidade

²²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do Direito Penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 14. Do mesmo modo: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 85.

que “direito penal é a ciência que estuda o direito penal”²²³. Aliás, esta singularidade do Direito foi igualmente destacada por GIMBERNAT ORDEIG, que ironicamente exemplifica: “Mas na Faculdade de Direito, diferentemente do que sucede com as demais, as disciplinas levam o nome não da ciência que estuda o objeto, mas do próprio objeto. Se na Faculdade de Medicina, por exemplo, as matérias se denominassem, como na de Direito, pelo objeto e não pelas ciências que estudam, em vez de se falar da disciplina ‘Patologia’ – que é a ciência, como em nosso caso o é a dogmática penal –, haveria de falar-se da disciplina ‘Enfermidades’ – que é o objeto, como, em nosso caso, é o Direito Penal”²²⁴.

Em todo caso, sempre que nos valermos da expressão “Direito Penal” enquanto moldura daquele segundo sentido, estaremos a retratar a chamada “Ciência do Direito Penal” ou “Dogmática jurídico-penal” que, em última análise, representa “a atividade que tem como objeto o conhecimento das normas jurídico-penais”, como quer o mesmo GIMBERNAT ORDEIG²²⁵. Emprega-se esta voz “dogmática” porque – ao menos dentro de um específico modelo – as normas jurídicas são visualizadas enquanto manifestações estatais pretensamente detentoras de validade geral que, por espelharem uma verdade absoluta, não comportariam qualquer espécie de confrontação e deslegitimação²²⁶.

Seção 2 - Dogmática jurídica tradicional: ascensão e crise.

A dogmática jurídica tradicional (positivista) mergulha raízes sobre uma fé messiânica no poder ilimitado da “razão” do homem moderno. Assim, arranca-se de uma crença absoluta de que a “razão” – enquanto aquela característica

²²³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 51.

²²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.* p. 14.

²²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Ibid*, p. 13.

²²⁶ “A denominação de ‘dogmática’, devida a Ihering, tem um sentido metafórico, porque o intérprete não pode alterar esses elementos, devendo respeitá-los como ‘dogmas’, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa da ciência jurídica: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 164-5).

exclusiva dos seres humanos que, aliás, distinguir-se-iam dos demais seres justamente por a ostentarem – permitiria que o homem controlasse assepticamente todos os seus instintos, paixões, desejos, pulsões e interesses. O processo de entronização desta razão “instrumental ou técnico-científica” – uma vez trasladado ao fenômeno jurídico – produz um impacto torrencial: a lei, enquanto tradução fiel e sublime desta razão, é uma declaração irrepreensivelmente objetiva, purificada que está pela ausência de qualquer espécie de interesse subjacente, expressando, portanto, a “vontade geral institucionalizada”, como dita o art. 6º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Mas, muito além de provocar o surgimento da noção de “neutralidade da lei”, este mesmo fenômeno acaba por reduzir o processo interpretativo a uma robótica subsunção da norma jurídica hipotética ao fato concreto, aniquilando por completo o reconhecimento de um papel criativo do intérprete neste processo. Ora, compreensível que assim o seja: se a razão humana está toda encetada na lei, cabe ao intérprete da norma apenas declarar objetiva e neutralmente o seu inteiro sentido, vedada que está – por ser supostamente irrealizável – qualquer forma de interferência do sujeito na compreensão do “real”.

Delineia-se, assim, uma interpretação meramente exegética, fielmente sintetizada nas palavras de MONTESQUIEU: “Mas os juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”²²⁷, bem como em trechos do célebre opúsculo de BECCARIA: “Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores. (...) Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena. (...) Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. É como romper um dique à torrente de opiniões”²²⁸.

²²⁷ *Apud* MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 25.

²²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997. p. 45-6.

Em decorrência da afirmação categórica da “objetividade da lei” e da “neutralidade do intérprete” conforma-se um modelo dogmático cujo epicentro está ocupado exclusivamente pela norma jurídica, gerando automaticamente um desgosto e um desalento do jurista diante de qualquer outra hipótese de especulação científica. Ao se cingir a dogmática ao estudo da norma jurídica, dissipada que está num frasco de verdade inquebrantável pelo intérprete, concretiza-se uma lúgubre equiparação entre o Direito e a norma, que traz como consequência inevitável a justaposição da noção de “justo” à noção de “legal” (“justo é o que está na lei”).

Esta fetichização da lei, facilmente explicável pela marcante influência do positivismo filosófico, posto que este prega a simples transposição de um método científico típico das ciências naturais para as ciências sociais (o jurista se comporta diante da lei da mesma forma como um físico se comporta diante da estrutura de um átomo)²²⁹, estimula um abrupto amesquinamento dos demais conhecimentos teóricos – entre o Direito (auto-suficiente) e a Ética (desprezível) haveria um abismo intransponível – obstaculizando, como consequência última, o reconhecimento de uma eficácia normativa dos “princípios”.

Este modelo dogmático acima descrito e estruturado, que se impôs “definitivamente” a partir do século XIX, começou a soçobrar no século seguinte por diversos motivos. Esta profunda crise do modelo dogmático tradicional (positivista) produziu-se tanto por razões históricas – anote-se que, por realizar diversas atrocidades sob o manto da legalidade, as experiências ditatoriais do marxismo-leninismo e do nazi-fascismo revelaram-se irredutivelmente opressoras à humanidade; tanto que, após a 2ª Guerra, até mesmo RADBRUCH condenou enfaticamente a “absolutização da lei”²³⁰ –, como também por razões teóricas – vale lembrar que foi precisamente durante o século XX que a chamada “teoria crítica do direito” encorpou.

Sem dúvida que, dentre todos os matizes teóricos que possibilitaram a debilitação e conseqüente decadência do modelo dogmático tradicional, coube à “teoria crítica do direito” desempenhar o rol de protagonista. Ao deitar raiz no marxismo, apropriando-se de sua correlata noção de “ideologia” – focalizando

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 167.

²³⁰ É o episódio conhecido na Filosofia do Direito como a “conversão” de RADBRUCH.

esta enquanto uma simbólica e imaginária consciência da realidade que tem por objetivo apenas encobrir e justificar o “real” -, a “teoria crítica do direito” termina por interpelar visceralmente duas encarniçadas construções positivistas: a “neutralidade do intérprete” e a “objetividade da lei”.

Em relação à primeira destas certezas positivistas, a partir do momento em que se reconhece ser absolutamente impossível uma completa cisão entre o sujeito do processo interpretativo (intérprete) e o objeto deste mesmo processo (o “real”) – vez que o fenômeno da pré-compreensão²³¹ ocupa um papel relevante em toda atividade interpretativa -, não há mais como negar ao intérprete uma função de recriação da própria realidade. Surge, aqui, a importância do estudo das “meta-regras” no Direito Penal, representando estas todo o complexo de neuroses, frustrações, crenças, preconceitos e valores do sujeito que – inegável e inconscientemente – governam todo o afazer interpretativo.

Se realçarmos a onipresença do engajamento valorativo existente entre sujeito e objeto, chegaremos à conclusão de que simplesmente toda atividade interpretativa é parcial, posto que, como esclarece BARROSO, “A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências pessoais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos”²³².

Este severo questionamento acerca do poder absoluto da “razão” também provocou uma fissura em relação a outro dogma positivista: a “objetividade da lei”. A lei não é mais visualizada como aquela expressão superior da “razão” que concretizaria os interesses de todos os setores da sociedade. Estando aquela “razão” manietada à “ideologia” a lei necessariamente albergará os valores e representará os interesses das classes sociais que estejam concentradas nas encostas do poder político, de sorte que a lei reduz-se à condição de serviçal

²³¹ Sobre o fenômeno da “pré-compreensão” recomenda-se a consulta de interessante ensaio de MARRAFON, Marco Aurélio. Uma crítica a três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 33, v. 36, p. 323-336, 2001.

²³² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1., n. 1., p. 23, 2001.

destes mesmos interesses, e não da razão. Ao retomarmos o conceito de “perversão do bem jurídico” perceberemos que, em todos aqueles exemplos, corporifica-se uma concepção da lei enquanto um instrumento verdadeiramente relegitimador dos valores e interesses das classes sociais mais privilegiadas.

À evidência que, diante deste processo de desmistificação dos dogmas da “neutralidade do intérprete” e da “objetividade da lei”, mostra-se imperioso reconhecer o fracasso do modelo dogmático tradicional (positivista), ensejando esta mesma falência a sua superação e subsequente substituição²³³. A partir de agora especularemos os pilares teóricos sobre os quais ergueremos este novo modelo dogmático, sabendo – de antemão e com um certo ganho metodológico – que a dimensão negativa da “teoria crítica do direito” nos deixou um indisponível legado: para que empreendamos esta atividade de reconstrução exige-se, previamente, um irrestrito desentranhamento de todas as nossas precauções positivistas.

Seção 3 - A eficácia normativa dos “princípios”.

Cumprе esclarecer, pois, que este nosso esforço de reconstrução da dogmática jurídico-penal abdicará compulsoriamente daquela noção de “razão” enquanto um ente que representa o domínio da inteligência sobre os sentidos, impulsos e paixões (“razão instrumental ou técnico-científica”), substituindo-a por uma noção inteiramente antagônica: a “razão” deve ser visualizada como uma força propulsora do projeto de emancipação do homem, instrumentalizando-se enquanto principal mote da sementeira libertadora do homem. Este deliberado abandono de uma concepção instrumental da razão e o adjacente afloramento da “razão crítica ou filosófica” suscitam a sedimentação de uma nova dogmática, voltada primordialmente à consecução dos direitos fundamentais do cidadão.

²³³ “É importante hoje superar o esquema apresentado pelo método técnico-jurídico, que tende à compreensão e justificação do direito penal vigente, que constitui uma técnica de supremacia e dominação dos que têm o poder de fazer as leis” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 19).

Alimenta-se, assim, a partir deste reconhecimento da razão enquanto uma “razão possível”, o sonho da construção de um modelo dogmático que campeie incessantemente a emancipação do homem em sociedade. Fica claro que deste sonho comungamos, alinhamento este que nos posta diante de uma oportuna indagação: de que forma se viabilizaria este processo de refundação da Dogmática jurídico-penal? Em síntese, responderíamos que, ao se fomentar uma reaproximação do Direito com os demais conhecimentos teóricos – com a Ética, sobretudo –, teremos a reinserção na própria textura do ordenamento jurídico das concepções de “justiça” e “legitimidade”, passando a se focalizar o Direito como um sistema aberto de “valores” e a Constituição Federal enquanto um conjunto de “regras” e “princípios” orientados a concretizá-los.

Pois bem, o que se pretende, aqui, é o reconhecimento da eficácia normativa destes “princípios” que, uma vez incorporados explícita ou implicitamente²³⁴ na Constituição Federal, assinalam e indicam quais são os valores sociais, políticos e éticos partilhados por toda a sociedade, sintetizando-os. E, com efeito, é esta afirmação da eficácia normativa dos “princípios penais constitucionais” que propicia uma refundação da Dogmática jurídico-penal sob um viés principiológico. Advirta-se, porém: em nenhum momento, esta refundação principiológica representa o incitamento de uma insolente transgressão da lei ou até mesmo de sua negação peremptória²³⁵ – isto porque a própria lei já significa um esforço (muitas vezes tépido, é verdade) de racionalização e despersonalização do poder. Portanto, deseja-se fervorosamente uma igual atribuição aos “princípios” do *status* de norma jurídica – residindo neste ponto, no sentir de BARROSO²³⁶, a grande inovação teórica –, engendrando sua

²³⁴ Registre-se que, segundo uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, extraída de recente obra de HABERMAS, os princípios implícitos são aqueles que estão na totalidade de sentido da ordem jurídica constitucional, servindo de corretivo para o legislador. (*Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 43).

²³⁵ “Ao jurista moderno é essencial uma postura crítica perante o sistema vigente, para abrir passo às reformas que uma política criminal progressiva recomenda, com base na pesquisa criminológica. (...) Isso, porém, não será possível se corresponder à transgressão da lei”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.* p. 19-20).

²³⁶ “A novidade não está no reconhecimento da existência dos “princípios”, tampouco na sua adoção pela ordem jurídica; a novidade está no reconhecimento de sua normatividade” (BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 42).

autonomização enquanto categoria qualitativamente independente e distinta das “regras” jurídicas.

Estas últimas (“regras”) simbolizam mandamentos casuísticos que se aplicam ao fato mediante uma lógica de absoluta exclusão/inclusão; já os “princípios” são vetores aplicados fluidamente pelo intérprete, já que -por condensarem materialmente os valores espreiados por todo o ordenamento jurídico – possuem uma dimensão axiológica intensa. Para ALEXY as “regras” veiculam mandados de definição, enquanto que os “princípios” prevêm mandados de otimização: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais, senão também das jurídicas. (...) Em troca, as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra ou um princípio”²³⁷.

Na mesma linha de entendimento CANOTILHO ensina: “*Regras* – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). (...) *Princípios* são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica”²³⁸.

²³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86-7.

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Ed. Almedina, 1993. p. 533-4.

Uma vez referendada a eficácia normativa dos “princípios” e transpostos estes para o centro do sistema jurídico (onde compartilhem de viçosa vizinhança com as “regras”), abandona-se por completo aquela ultrapassada concepção de que a dogmática consiste na revelação apenas do direito que se encerra na lei, alterando-se visivelmente o panorama da atuação do jurista. Hoje, a lei constitui-se apenas enquanto um dado inicial desta atuação, não devendo servir como um limite para a atividade do intérprete²³⁹ que, mediante uma Dogmática refundada sob uma perspectiva principiológica, reexaminará todas as normas jurídicas infra-constitucionais à luz da Carta Magna, arejando-as em consonância aos “valores” e “princípios” nela consagrados.

Seção 4 - A “filtragem constitucional” do Direito Penal.

A Constituição Federal, enquanto norma fundamental, contamina com os seus valores todos os demais ramos jurídicos infra-constitucionais. Seu quadro axiológico infiltra-se e se alastra por todos os setores do ordenamento jurídico. Desse modo, todos os ramos do direito infra-constitucional possuem uma estreita vinculação com o Direito Constitucional, devendo à luz deste ser reexaminados. E este processo de “filtragem constitucional”²⁴⁰, que se verifica com todos estes outros ramos do Direito, não poderia deixar de existir também – e, sobretudo – com o Direito Penal. Ora, o Direito Penal representa a forma de controle social mais drástica, incisiva e eloquente com a qual o Estado pode intervir na esfera da liberdade individual do cidadão. Dentre as possíveis técnicas oficiais de controle social, o Direito Penal entremostra-se como sendo a “artilharia pesada” do Estado. Caracterizando-se desta maneira, este ramo jurídico em especial apresenta um estreitamento ainda maior com o Direito Constitucional do que aquele habitualmente existente entre este e os demais setores jurídicos.

²³⁹ “A lei é apenas um dado inicial. É a base, mas não é o limite. Somente se afirma que a lei é o ponto de partida; mas não é o único objeto de consideração”. (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987. p. 31).

²⁴⁰ SCHIER, Paulo Roberto. *Filtragem constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória*. Curitiba, 1999, 154f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

E o dado mais peculiar desta relação entre Direito Penal e Direito Constitucional reside no fato de que este engajamento valorativo se manifeste mediante dois fenômenos diferentes. Num primeiro momento, ocorre o que se convencionou chamar de “imposição constitucional da tutela penal”²⁴¹, vale dizer: hoje, a noção de bem jurídico-penal - enquanto valor ideal da ordem social que merece a proteção subsidiária e fragmentária do ordenamento jurídico-penal -, deve ser esquadrihada através da modelagem sugerida pelo texto constitucional. Por exemplo, o próprio art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, já nos indica expressamente que são bens considerados indispensáveis à comunhão social entre todos os homens e – por isso mesmo – merecedores de tutela jurídico-penal, os direitos à vida e à propriedade. Da mesma forma, se nos deslocarmos um pouco mais, perceberemos que o texto constitucional também sugeriu que o bem jurídico “meio ambiente ecologicamente equilibrado” fosse guindado à condição de bem jurídico-penal (art. 225, 3º), e assim por diante.

Dentro desse contexto, vislumbrado nos dois exemplos enunciados, a Constituição Federal funciona como verdadeira diretriz (“guia orientador”) para o legislador penal, uma vez que a Carta Magna delimita – em parte – o conteúdo mesmo das normas jurídico-penais²⁴². E é justamente no primeiro momento do processo de individualização da pena (tecnicamente chamado de “cominação”) - no qual o legislador, amalgamado a um determinado momento histórico-cultural,

²⁴¹ “Conviria apenas remarcar que, além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso ‘imposição constitucional de tutela penal’” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 90).

²⁴² “A Constituição não exhibe normas penais completas, isto é, cominando determinadas penas e medidas de segurança para a violação de seus preceitos, mas contém disposições de Direito Penal que determinam, em parte, o conteúdo das normas penais” (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. P. 103). No mesmo sentido: “Queremos, afirmar, no entanto, que o Direito Penal, para ser um direito justo, dentro de uma determinada sociedade, carece de amoldar-se, pelo menos, aos valores assim considerados pela Constituição desta sociedade, no caso a nossa. (...) Enxergamos um Direito Penal justo quando compatibilizado com os valores e princípios postos no texto constitucional, pelos representantes do povo, como expressão de seus anseios. (...) A qualquer conteúdo, colocado no tipo penal, não se atribuirá a natureza do Direito Penal justo, legitimado apenas porque oriundo de lei em sentido formal. O conteúdo da lei penal há de estar informado pela ordem de valores produzidos no texto da Carta Magna” (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1992. p. 57-8).

procura selecionar quais são as condutas penalmente relevantes, porquanto lesivas aos valores igualmente caros da ordem social -, que se concretiza esta “imposição constitucional de tutela penal”. Ora, faz-se necessário resgatar uma lição fundamental de JESCHECK²⁴³: a noção de bem jurídico preside a formação do tipo, posto que o legislador parte do bem jurídico à norma de conduta, sendo que, num segundo patamar de trabalho, salta desta à construção do modelo legal de conduta penalmente proibida ou ordenada (tipo). Assim sendo, se a noção de “bem jurídico” encontra-se determinada por influxos constitucionais, é irreversível a constatação de que todo este processo abstrato de seleção dos fatos puníveis e cominação das respectivas sanções veja-se enredado na teia axiológica constitucional.

Em outro sentido, e é precisamente este que nos interessa neste trabalho, o vínculo entre Direito Penal e Direito Constitucional concretiza-se mediante o estabelecimento, pela própria Constituição Federal, de uma série de princípios contedores do poder punitivo estatal. Nosso Texto Maior contempla – de forma explícita ou implícita - uma diversidade de fatores de redução (limites, freios) que, por procurarem represar o desenfreado poder de punir, funcionam como verdadeiros diques de repulsa ao arbítrio e à onipotência do Estado-Leviatã. Aliás, globalmente analisados, estes fatores de redução (“princípios penais constitucionais”) são os únicos e verdadeiros limites que podem obstaculizar o exercício desmedido e ilimitado deste *jus puniendi* estatal. Isto porque o outro limite que é freqüentemente citado pela doutrina – o chamado “Direito Penal objetivo” (*jus poenale*), que traz como pedra-de-toque a idéia (limitadora, é verdade) de que o Estado só pode deflagrar o processo de criminalização diante das situações legalmente previstas e, ainda assim, de acordo com a intensidade previamente assinalada pelos marcos penais – não é senão uma resultante e consequência direta do *jus imperii* do legislador²⁴⁴. A rigor, portanto, como

²⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 231.

²⁴⁴ “O *jus puniendi* diz respeito ao poder punitivo estatal, vale dizer, à faculdade do Estado derivada de sua soberania de elevar à categoria de puníveis certos comportamentos ilícitos e de estabelecer a ameaça de pena. O *jus poenale* é, logo, uma consequência do *jus puniendi*” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. v. 1. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994. p. 6). No Brasil: “No momento anterior ao direito positivo, o poder do Estado de

professa BACIGALUPO, o “Direito Penal objetivo” não constitui nenhum limite ao poder de punir do Estado²⁴⁵.

Feitas essas observações, e antes mesmo de iniciar o exame pormenorizado de cada um dos princípios penais constitucionais, parece-me oportuno explicitar a plataforma teórica comum destes postulados fundamentais de Direito Penal. Para atingir tal objetivo mostra-se interessante desenvolver uma linha de raciocínio que parte da seguinte premissa: as leis penais são sempre a expressão de uma determinada concepção do Estado²⁴⁶. Ora, as leis penais constituem um fiel retrato das concepções políticas dominantes; como sugeria SOLER, “a um Estado sempre se pode dizer: mostra-me tuas leis penais porque quero te conhecer a fundo”²⁴⁷. Ou seja, se olharmos este mesmo fenômeno por um outro viés (invertendo o raciocínio), chegaremos à conclusão – alinhavada por BACIGALUPO - de que a idéia de Estado cumpre um papel decisivo na configuração do Direito Penal²⁴⁸. De fato, dentro de uma modelagem democrática, o Direito Penal reprime o próprio Estado, funcionando como um direito delimitador do próprio poder de punir do Estado, revelando-se, portanto, como um instrumento de consecução das garantias individuais. Por outro lado, dentro de uma modelagem totalitária, o Direito Penal reprime o próprio indivíduo, atuando fundamentalmente contra os inimigos do regime político, viabilizando, em última análise, a relegitimação do “*status quo*”²⁴⁹.

Uma vez estabelecida a idéia de que o modelo de Estado adotado gera um modelo de Direito Penal a ele correlato e dele justificante, temos – então - que descobrir qual foi o modelo de Estado por nós adotado. E, no tocante a esta

estabelecer a norma penal é apenas atributo da soberania e corresponde ao exercício do *jus imperii*, ou seja, da faculdade compreendida no poder político de império ou de dominação do Estado” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 6).

²⁴⁵ “Sem a consideração das condições que determinam a legitimidade da ameaça e aplicação de penas por parte do Estado, tem-se que o único limite do poder sancionador do Estado é a sua própria autoridade e, portanto, a sua própria vontade” (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987. p. 74).

²⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Ed. Akal, 1994. p. 29.

²⁴⁷ *Apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Op. cit.* p. 57.

²⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Op. cit.* p. 29.

²⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 76.

tarefa, somente a Constituição Federal nos permite identificar em função de qual modelo de Estado foi erguida a nossa ordem jurídica. Pois bem, muito embora numa primeira leitura do Texto Maior (desavisada, certamente) possamos achar que a nossa Constituição Federal só tenha contemplado o Estado Liberal (as referências à “Estado Democrático” e à “Estado Democrático de Direito” são expressas no preâmbulo e no art. 1º, *caput*, respectivamente), somos obrigados a reconhecer – a partir de uma segunda leitura - que o legislador constituinte também prestou menção ao Estado Social, posto que, ao lado da previsão dos direitos individuais, procurou explicitar também os “direitos sociais” (conforme a indicação do próprio preâmbulo, bem como – e em especial - do art. 6º). Dessa forma, o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988 foi o do Estado Social e Democrático de Direito, que representa uma síntese de dois modelos: de um lado, o Estado Liberal, um Estado guardião do cidadão, um Estado regido pelo Direito que provém da vontade geral expressa pelo povo; e, de outro lado, um Estado Social, um Estado com um rol altamente intervencionista nas relações sociais, um Estado que interfere direta e imediatamente no jogo social mediante as chamadas “prestações positivas”²⁵⁰.

Temos, pois, a simbiose de um Estado Liberal e de um Estado Social num só modelo: o modelo do Estado Social e Democrático de Direito. Logo, uma vez elucidada a opção política do legislador constituinte, nos poremos inevitavelmente a perguntar dentro de quais limites pode um Estado Social e Democrático de Direito exercer legitimamente seu poder de punir, já que sabemos de antemão que dentro de um Estado Social e Democrático de Direito o *jus puniendi* não pode ser exercido de forma arbitrária, sem freios, nem limites. Ao formularmos estas indagações estaremos precisamente contornando teoricamente os chamados “princípios penais constitucionais”. Princípios penais constitucionais são, assim, os limites do poder de punir deste nosso Estado Social e Democrático de Direito; são os princípios limitadores do “Direito Penal subjetivo”²⁵¹ dentro de um concreto,

²⁵⁰ O desenvolvimento deste parágrafo deu-se de acordo com FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. t. 1. v. 1. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 3-4.

²⁵¹ “Distingue-se, freqüentemente, o *direito penal subjetivo (ius puniendi)* do *objetivo (ius poenalis)*. O primeiro consiste na faculdade do Estado de proibir ou mandar certos fatos sob a ameaça de uma pena; o segundo, na manifestação positiva deste poder num

específico e individualizado modelo de Estado: o Estado Social e Democrático de Direito.

Embora o mais indicado fosse nossa abstenção quanto à movediça tentativa de enumeração taxativa dos “princípios penais constitucionais” (que se mostra sempre criticável) acreditamos poder delimitar um “núcleo comum”, do qual – em linhas gerais – não se desprendem os autores que se dedicam habitualmente ao tema. Aliás, saliente-se que o nosso esforço neste sentido ordenar-se-á de acordo com a tradicional decomposição analítica dos conceitos fundamentais da Dogmática jurídico-penal em: “norma penal”, “fato punível” e “sanção penal”.

Com efeito, para cada um destes três momentos fundamentais da Dogmática jurídico-penal, elaboraremos um capítulo que contemple os “princípios penais constitucionais” a eles referentes; reservando-se, é claro, um capítulo específico para os “princípios penais constitucionais” que interferem na própria conformação da ordem jurídico-penal. No entanto, a primazia desta análise teórica caberá a um postulado que advém diretamente da concepção de Estado de Direito, vez que – modernamente – todo poder de punir deve estar subjugado ao princípio da legalidade ou da reserva legal.

ordenamento jurídico determinado” (CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal: parte general*. t. 1. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1982. p. 18). Todavia, esta classificação não é isenta de reparos. Para crítica do suposto “direito penal subjetivo” vide: BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967. p. 19-24; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990. p. 106-110.

Capítulo 7 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS.

Seção 1 – Princípio da legalidade ou da reserva legal.

Pelo princípio da legalidade ou da reserva legal um fato não pode ser reputado como criminoso se não houver, anteriormente a sua prática, uma lei que o defina como tal; assim como uma sanção criminal (pena ou medida de segurança) não pode ser aplicada sem uma prévia instituição por lei. Em termos bem esquemáticos: um fato não pode ser considerado crime sem prévia definição legal; uma sanção não pode ser imposta sem prévia cominação legal (art. 5º/CF, XXXIX c.c. art. 1º/CP).

Assim, p. ex., o furto de uso, no qual o agente subtrai a “*res furtiva*” para utilização momentânea da coisa, restituindo-a em perfeitas condições ao proprietário após este uso efêmero, não é um ilícito penal por conta da ausência dessa prévia definição legal (muito embora se configure enquanto um ilícito civil). É a mesma situação vivenciada por outras tantas condutas que não estão expressamente previstas como criminosas em normas penais incriminadoras: negar acesso de portador do vírus HIV ao sistema escolar, deixar de pagar a mensalidade escolar (a não ser que exista um dolo pré-determinado do agente consistente na consciência e vontade de auferir uma vantagem indevida pelo não-pagamento das mensalidades, fato que nos autorizaria a encaixar a situação no

tipo de estelionato – art. 171/CP), dormir em plena sala de aula²⁵², vestir a camiseta de uma torcida organizada, dentre outras.

Dessa forma, a intervenção punitiva estatal deve estar regida pelo império da lei²⁵³ (daí o princípio ser também conhecido como “intervenção legalizada”). E isto em virtude de uma exigência de segurança jurídica: a vida em sociedade seria simplesmente inimaginável se houvesse a permissão para que uma lei, que amanhã ou depois considera ilícito um fato que hoje se pratica sob a égide da licitude, alcançasse os autores dos fatos anteriormente a ela praticados. Ademais, costuma-se mencionar ainda uma outra razão para a adoção deste postulado, esta de ordem técnica: uma vez que toda a dogmática jurídico-penal está armada sobre a idéia da “prevenção geral negativa” (evidenciando a função da pena como intimidação desempenhada pela ameaça de imposição da pena em caso de desrespeito às normas jurídico-penais), resulta imprescindível a existência da prévia descrição legislativa, pois, do contrário, a pena certamente não significaria uma “coação psicológica” para ninguém.

O princípio da legalidade é uma manifestação típica da modernidade penal, tendo se derivado, portanto, da teoria ilustrada do contrato social. Embora os seus antecedentes históricos constituam matéria altamente controvertida²⁵⁴, pode-se afirmar – sem ressaibos de dúvida - que a “reserva legal” é um postulado que surge dentro do contratualismo. Já vimos que o contratualismo baseia-se principalmente na idéia de que o Estado, enquanto artefato racionalmente instituído pelos cidadãos mediante um pacto, constitui-se no melhor meio de superação das vicissitudes do estado de natureza.

²⁵² Interessante registrar que, em recente comunicação oral proferida nas dependências do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (21.12.2004), o Prof. LUIS ALBERTO WARAT afirmou que este fato não lhe aborrece, não merecendo sequer um reparo moral, já que este episódio apenas demonstraria que o aluno encontrou em plena sala de aula a tranqüilidade e a paz de espírito necessárias.

²⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 94-5.

²⁵⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 65-6.

Em HOBBS²⁵⁵, por exemplo, o contratualismo manifesta-se da seguinte forma: como o estado de natureza é o estado de temor entre todos os homens (medo da guerra civil), o Estado – instituído mediante o pacto - surge como único remédio capaz de oferecer paz aos cidadãos. Somente um Estado forte, uma máquina de poder inquebrantável, com um poder monolítico e indivisível, pode fazer frente ao medo recíproco que impera no estado de natureza. Assim, o robustecimento do poder em HOBBS deve ser visto como o único modo de evitar o maior de todos os males: a guerra civil. Mas, mesmo dentro dessa ossatura teórica, HOBBS não deixou de conformar o princípio da legalidade, ao afirmar que “nenhuma lei feita depois de praticado um ato pode transformar este num crime”²⁵⁶.

De igual maneira, só que de um ponto de vista mais específico para a área político-criminal, BECCARIA²⁵⁷ acreditava que o Estado é o depósito público das porções de liberdade que nós todos livremente renunciamos em nome do bem-comum. No entanto, articula uma ressalva: nós (cidadãos) só admitimos esta passagem do estado de natureza ao estado civil se nos forem assegurados a participação e o controle da vida política da comunidade²⁵⁸; assim sendo, só do povo – leia-se: do Poder Legislativo – pode emanar a lei. É o famoso início do Capítulo 3 da obra “Dos delitos e das penas” em que BECCARIA pugna que “só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade”²⁵⁹.

É dentro desta contextura moderna que se deve estabelecer o fundamento político do princípio da legalidade, ressaltado por VON HIPPEL: trata-se de uma

²⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997. p. 107-133; 141-151.

²⁵⁶ Com maior riqueza de fontes e detalhes: MEROLLI, Guilherme. A interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 47-64.

²⁵⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

²⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 83-4.

²⁵⁹ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.* p. 44.

garantia destinada a assegurar a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do juiz²⁶⁰. É que mediante o contrato social funda-se a idéia de “Estado”, já que antes da modernidade não estamos autorizados a falar propriamente em um Estado, mas sim em formas rudimentares de organização da vida social (devemos lembrar que “Estado” é uma designação cujo conteúdo é vazio). Porém, mais do que isso: com a modernidade funda-se também a própria idéia de “cidadão”, vez que as sociedades pré-modernas eram qualitativamente diferentes das sociedades modernas, vez que se significava o sujeito principalmente em virtude da função social por ele desempenhada, e não por se reconhecer nele um ser dotado de direitos. Resumidamente: é o fenômeno da modernidade que divisa e, justamente por isso mesmo, demarca com nitidez os limites tanto da esfera pública quanto da esfera privada.

Desse modo, o homem moderno surge como um sujeito de direitos que devem ser respeitados pelo Estado; visualiza-se o homem moderno como um “sujeito” que detém um cinturão de direitos protegidos perante a voracidade estatal por um verdadeiro escudo. Dentre estes direitos a serem respeitados ganha condição de protagonista o direito de “ir e vir” (liberdade individual), que só pode ser atingido pelo Estado mediante a aplicação da sanção penal nos casos expressamente previstos em lei²⁶¹.

E é justamente na eloquência da intervenção penal que encontramos a necessidade desta formalização, ou seja: o entendimento de que a intervenção penal deva estar completamente desvinculada de concepções conjunturais e subjetivas. Ora, a imposição da pena importa uma nova violência a um bem jurídico fundamental - posto que afronta a liberdade individual do condenado – agregando-se, pois, à violência do crime a violência da pena. Nesse sentido, por

²⁶⁰ *Apud* LUISI, Luiz. Sobre o princípio da legalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 255.

²⁶¹ “E esse princípio (...) implica que a Administração, ao contrário do que erradamente pensam os atuais donos do poder, só pode fazer aquilo que a lei expressamente a autoriza, enquanto o administrado pode fazer tudo que a lei expressamente não o proíba; é o que ensina o excelente C. A. Bandeira de Mello. (...) A visão correta é, pois, que a Constituição e o Direito Criminal existem em favor do administrado, regulamentando a atividade coercitiva, de força da Administração Pública, não o contrário” (MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 241; 239).

representar um novo sacrifício social (desta feita, ao condenado), a pena só deve ser imposta naquelas situações expressa e legalmente previstas. Trocando em miúdos: nós, cidadãos, devemos ter a garantia de que podemos fazer tudo aquilo que não estiver penalmente proibido de forma prévia e expressa pelo Estado; e, ainda assim, se fizermos algo que esteja penalmente proibido, devemos ter a garantia de que sofreremos uma sanção de acordo com a intensidade previamente estipulada pelos marcos legislativos penais.

O princípio da legalidade ganhou envergadura dentro do projeto teórico da modernidade e se alastrou por muitas codificações burguesas subseqüentes. No entanto, não se deve imaginar que, com este fato, o princípio da legalidade se instaurou definitivamente na ciência jurídico-penal, de uma vez por todas. O processo de sua entronização enquanto “princípio reitor” do Direito Penal esteve longe de ser pacífico. Aliás, resultou de uma verdadeira e lenta sucessão de avanços e recuos. Isto porque o dogma da reserva legal engendrou algumas reações de diversos matizes²⁶², consubstanciando-se estas em duríssimas investidas contra a segurança jurídica proporcionada pela legalidade.

A título de exemplo, na Rússia stalinista, o Código Penal russo de 1926 previa a analogia expressamente, afirmando que conduta criminosa era a “ação socialmente perigosa” ao regime operário e camponês de governo. Na Alemanha do nacional-socialismo uma lei de 28 de Junho de 1935 alterou o art. 2º do então vigente Código Penal alemão para determinar que delito era o que estava prescrito em lei, bem como todas aquelas condutas que ferissem o “são sentimento do povo alemão”, abrindo-se, mediante esta brecha legal, a possibilidade de punição aos dissidentes políticos do “*Führer*”²⁶³. Todavia, há

²⁶² Interessante registrar o posicionamento do Prof. LUIZ ALBERTO MACHADO, vez que, na sua percepção, todos estes casos registrados enquanto “reações” acabam por satisfazer plenamente o princípio da legalidade (tratam-se de conceitos materiais de delito estipulados por lei), embora estejam ofendendo o princípio do tipo. Consulte-se: MACHADO, Luiz Alberto. Reforma da legislação criminal. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 28, n. 28, p. 93, 1999; RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Ed. Juruá, 1991. p. 23.

²⁶³ “Na Alemanha quem determinava, naturalmente, o que era o ‘são sentimento popular’ eram os detentores do poder executivo que, por óbvio, se ocuparam de apoderar-se previamente do poder legislativo e de dominar por completo o poder judiciário” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Op. cit.* p. 99).

registros no sentido de que muitos juízes alemães, muito aferrados à tradição jurídica alemã (de cultuados professores e construções dogmáticas já irretocáveis), negaram-se a aceitar a aplicação analógica de delitos²⁶⁴, gerando como consequência desta postura uma ressignificação da já conhecidíssima expressão de que “por sorte ainda há juízes em Berlim”.

Finalmente, na Inglaterra, já chegou a vigorar o chamado “*common law*” – sistema jurídico cuja pedra-de-toque reside no fato de que a segurança jurídica é promovida pelo precedente jurisprudencial, vale dizer, tem-se um sistema jurídico-penal que opera basicamente com tipos judiciais de crimes, dentro do qual os próprios juízes – ainda que com base em algumas regras estatutárias sobre a parte geral - estabelecem quais são as condutas criminosas em sociedade. De toda forma, desde 1972, e – o mais curioso - justamente em virtude de um precedente jurisprudencial (“*Cross and Jones*”) trabalha-se na Inglaterra com um sistema jurídico-penal de base estatutária (“*statute law*”), não se tolerando mais a criação analógica de delitos²⁶⁵.

Hoje, sua capital importância centra-se na idéia da “reserva absoluta da lei”, isto é, na consideração de que somente a lei em sentido formal pode criar crimes e cominar penas, sem que tal tarefa possa ser exercida por qualquer outra espécie de disciplina normativa. Em última análise, aqui, o objetivo principal reside em afastar do Poder Executivo toda e qualquer possibilidade de se editar normas jurídico-penais, assegurando-se – por via indireta ou mediata - a observância ao princípio da separação dos poderes (art. 2º/CF)²⁶⁶. Nesse sentido, quando se menciona “reserva absoluta da lei” está-se a buscar um resguardo do monopólio

²⁶⁴ Há registro neste sentido no estudo de EVERARDO DA CUNHA LUNA: “Critério tão vago, faça-se justiça, foi muito pouco seguido pelos juízes alemães da época, homens formados na boa tradição jurídica alemã que eram, e que, por isso mesmo, receberam censuras das autoridades administrativas” (LUNA, Everardo da Cunha. *Direito penal germânico*. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 32).

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 174.

²⁶⁶ “O que se pretende com isto é reservar ao poder legislativo o poder para definir os delitos e as penas: no esquema próprio da divisão de poderes, somente o poder legislativo como representante da vontade popular se encontra legitimado para decidir que condutas deve perseguir o Estado mediante o instrumento mais grave de que dispõe, isto é, a sanção penal” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.* p. 111-112).

do Poder Legislativo para os temas penais, indicando que as leis penais devem sempre surgir enquanto conseqüências diretas de um amplo e democrático debate parlamentar sobre o assunto que envolva representantes de todos os setores da sociedade²⁶⁷. E o motivo desta escolha recair sobre o Poder Legislativo deita raiz no fato deste poder pertencer ao povo (art. 1º/CF, parágrafo único – “todo poder emana do povo”), não representando teoricamente expressão somente de uma parcela da sociedade. Tem-se que apenas um Poder com esta legitimidade democrática possa demarcar os limites da intervenção punitiva estatal, orientando-se sua atuação, portanto, para uma contundente inibição ao arbítrio do Executivo e do Judiciário.

De acordo com essa concepção de que somente a lei em sentido formal pode criar crimes e cominar penas se percebe claramente duas hipóteses de possível violação frontal à reserva absoluta da lei: as medidas provisórias sobre assuntos penais e as normas penais em branco de complementação heteróloga. Quanto à primeira hipótese deve-se deixar bem claro: não pode o Presidente da República editar medidas provisórias sobre matéria penal. A medida provisória, ato normativo oriundo do Poder Executivo, tem “força de lei”, mas não é “lei em sentido formal”. E com esta nunca se confundirá, pois possui um vício de origem, que não se sana pela eventual aprovação do texto pelo Congresso Nacional. Tanto isto é verdade que, no caso de rejeição expressa pelo Legislativo, há a necessidade de regulação das situações jurídicas daí oriundas mediante a edição de um específico decreto legislativo, tamanha a sua excepcionalidade. Além disso, esta possibilidade se mostraria irredutivelmente inconstitucional justamente pela inobservância ao princípio da separação dos poderes (art. 2º/CP), bem como pelo assente desrespeito à legitimidade democrática do Poder Legislativo (art. 1º/CF, parágrafo único) que, com calma e serenidade, é o único constitucionalmente incumbido de legislar em seara penal²⁶⁸.

²⁶⁷ Para FRANCO BRICOLA, esta “escolha ao poder legislativo como o único detentor do poder normativo, em matéria penal, reside na representatividade deste poder, no fato de ser ele expressão não de uma restritiva oligarquia, mas de todo povo que, através de seus representantes, espera que o exercício de tal poder se realize não arbitrariamente, mas para o seu bem e no seu interesse”. (*Apud* FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 1. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 29).

No que se refere às “normas penais em branco” inicialmente se deve salientar que estas são normas em que a conduta criminosa não está inteiramente descrita, necessitando a norma penal incriminadora de uma complementação por uma outra disciplina normativa (e, neste particular aspecto, as normas penais em branco diferenciam-se dos tipos penais abertos, já que nestes casos exige-se uma complementação judicial, e não normativa). Portanto, as normais penais em branco não estão destituídas de preceito, apenas o apresentam de modo insuficientemente determinado. Figurativamente falando, as normas penais em branco são consideradas como “corpos errantes em busca de sua alma” (BINDING)²⁶⁹ ou então como “cominações penais cegas” (HEINZE)²⁷⁰. Enfim, retratam situações, normalmente referentes a matérias altamente cambiantes (meio ambiente, relações de consumo, saúde pública, ordem econômico-financeira), em que nós podemos ter os outros Poderes preenchendo o conteúdo típico penal.

Pois bem, se este complemento advier de outras instâncias legislativas – estadual ou municipal – ou até mesmo do Poder Executivo, como ocorre nas hipóteses constantes nos art. 269/CP (omissão pelo médico de notificação de doença cuja notificação é compulsória), art. 334/CP (contrabando ou descaminho) e art. 12, da L. 6368/76 (tráfico ilícito de substância entorpecente), verificando-se uma diversidade quanto às fontes de produção, intitularemos estas normas penais em branco enquanto sendo de complementação heteróloga. Esta classificação faz-se necessária porque é somente neste específico grupo de normas penais em branco (“normas penais em branco de complementação heteróloga”) que pode residir uma estrepitosa violação ao princípio constitucional da legalidade, já que

²⁶⁸ “É evidente também que se o Poder Legislativo, na própria Constituição Federal, reservou com exclusividade para si a tarefa de compor tipos e cominar penas, não poderá o Poder Executivo, através de medida provisória, concorrer nessa competência. A matéria reservada é sempre indelegável e a competência dos órgãos constitucionais é sempre uma competência vinculada. Daí a impossibilidade, por ofensa ao princípio da separação dos poderes, de invasão da área de reserva do Poder Legislativo”. (FRANCO, Alberto Silva. *Ibid, ibidem*).

²⁶⁹ *Apud* FRAGOSO, Heleno Cláudio. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 92.

²⁷⁰ *Apud* PIERANGELI, José Henrique. Normas penais em branco e a sua validade temporal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 584, p. 312-314, jun. 1984.

nas demais normas penais em branco – de complementação homóloga – o complemento provém do próprio Poder Legislativo Federal.

Dissemos “pode” porque a constitucionalidade daquelas normas do primeiro grupo depende do atendimento a dois critérios que, por serem cumulativos, devem ser examinados em duas subseqüentes etapas de análise. Num primeiro momento deve-se desvendar se a “matéria” objeto da norma penal em branco de complementação heteróloga comporta aquele procedimento de remissão ao Poder Executivo ou a uma outra instância legislativa. O “antigo” ZAFFARONI entende que esta verificação deve orientar-se conforme a própria repartição constitucional das competências legislativas, sendo, p. ex., inegavelmente inconstitucional uma norma que estatuisse: “Será punido com... aquele que cometa ações contra a honra das pessoas, nos casos em que o Poder Executivo assim determine por decreto”²⁷¹. Uma vez enfrentada a questão da “matéria” devemos – num segundo momento - nos reportar à própria técnica de construção típica da norma penal em branco de complementação heteróloga, já que a conclusão pela sua constitucionalidade depende, como assevera CEREZO MIR, do fato de que ela contenha “a descrição do núcleo essencial da ação proibida (ou ordenada)”²⁷². Dessa forma, uma norma penal em branco na área da saúde pública que estipulasse como criminosa a lacônica conduta de “descumprir mandamentos sanitários preventivos” seria flagrantemente inconstitucional; como parece ser inconstitucional – pelo mesmo argumento - o vigente art. 68, da Lei nº 9.605/98 (lei dos crimes ambientais), que prevê como criminosa a conduta de “descumprir obrigação de relevante interesse ambiental”.

Em suma, para não lhes profligarmos o vício de inconstitucionalidade as normas penais em branco de complementação heteróloga devem necessariamente atender a estes dois requisitos. Se não for preenchido algum dos requisitos acima mencionados (que, repita-se: são cumulativos), seremos obrigados a concluir pela sua inconstitucionalidade. Em todo caso, consigne-se que esta questão merecerá maiores reflexões por parte de nossos Tribunais,

²⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 450.

²⁷² CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. v. 1. 5. ed. 2. reimpressão. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 156.

posto que – se deslocarmos o seu tratamento para o fértil vale ocupado pelo “princípio da subsidiariedade” – chegaremos à conclusão de que, face à violação indireta ao caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, toda e qualquer norma penal em branco de complementação heteróloga é inconstitucional, como apregoa, p. ex., o “último” ZAFFARONI²⁷³.

Seção 2 – Desdobramentos do princípio da legalidade.

Uma vez analisado o princípio da legalidade sob o aspecto formal, pelo qual somente lei em sentido formal – que provenha do Poder Legislativo Federal – pode criar crimes e cominar sanções, isto é, um fato só pode ser considerado crime se houver previsão legal anterior que assim o defina e uma pena somente pode ser aplicada se houver prévia cominação legal, resta-nos proceder a uma investigação acerca dos desdobramentos materiais do princípio da legalidade²⁷⁴.

§ 1º - Princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

O primeiro desdobramento do princípio da legalidade é o “princípio da irretroatividade da lei penal mais severa” (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), indicando que a lei penal só abarca os fatos cometidos depois do início de sua vigência, não alcançando os fatos anteriores. Em regra, pois, as leis penais são irretroativas. Ora, a lei penal – como toda e qualquer outra - emite normas para o futuro, não podendo incidir sobre fatos anteriores à sua vigência. Portanto, a lei penal não pode retroagir em detrimento do acusado; estando constitucionalmente proibidas as leis retroativas que fundamentem ou agravem a própria punibilidade do autor do fato (art. 5º/CF, XL, 1ª parte).

²⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 206.

²⁷⁴ Esta esquematização é proposta pelos seguintes autores: BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. In: *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1984. p. 113-122; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Borsói, a.1, n. 1. p. 78-88, jan./mar. 1971; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Ed. Akal, 1994. p. 42.

E tem-se esta previsão constitucional por uma exigência de segurança jurídica: nós viveríamos numa incomensurável intranquilidade social se um fato lícito por nós cometido pudesse vir a ser considerado ilícito pelo Estado mediante a aplicação retroativa de uma lei penal²⁷⁵. De fato, como leciona REGIS PRADO, dentro de um Estado de Direito, “ninguém pode ser sancionado em relação a um fato que na época de sua realização era irrelevante para o Direito Penal”²⁷⁶. É que o cidadão adquire uma espécie de direito adquirido de ou não ser punido (face uma *novatio legis inculpativa*) ou, alternativamente, de ser punido menos severamente (diante de uma *novatio legis in pejus*).

Ademais, há também um fundamento político-criminal para a irretroatividade da lei penal mais severa: a lei penal só pode dissuadir o comportamento criminoso em sociedade se pré-existir ao fato. Lógico: para o fiel desempenho da função motivadora da norma penal exige-se que esta seja anterior ao fato, tendo, assim, influência no exato momento da prática delitiva²⁷⁷. Portanto, aplicar uma lei penal mais severa a fato anterior significa dilacerar a noção de “prevenção geral negativa”, sobre a qual repousa discursivamente todo o sistema. A observação de ANÍBAL BRUNO é inteiramente procedente: “Não se há de impor a um bem jurídico do acusado ou condenado uma restrição mais grave do que aquela com que a lei o ameaçava no momento da sua infração, não sendo ainda irrazoável fazer pesar a consideração de que, se a pena agravada já

²⁷⁵ “Trata-se naturalmente, agora, de defender o indivíduo do próprio legislador, que poderia, através de uma nova incriminação, ir punir a prática de um fato só levado a cabo pela convicção que era lícito. Isto criaria, como bem se compreende, a maior intranquilidade social” (CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Ed. Almedina, 1997. p. 153).

²⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 101.

²⁷⁷ “A exigência da lei prévia à comissão do fato tem um fundamento penal: a lei penal quer prevenir a comissão de fatos puníveis impondo deveres e ameaçando o seu descumprimento com a aplicação de uma pena. Portanto, a lei quer, antes de tudo, motivar ao autor e isto somente poderia fazê-lo uma lei pré-existente à decisão do autor” (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987. p. 126). Do mesmo modo: “Efetivamente, se as leis penais pretendem que os cidadãos se abstenham de delinquir e para isto anunciam a imposição de uma pena àqueles que cometam determinadas condutas, não se lhes poderá atribuir responsabilidade se no momento de sua atuação a lei não a definia como delito”. (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. *Op. cit.* p. 151).

existisse no momento do fato, talvez o agente, pelo temor de sofrê-la, se tivesse eximido de praticá-lo”²⁷⁸.

Esta exigência de atualidade da lei penal é, pois, um corolário lógico do princípio da reserva legal. Aliás, aqui, manifesta-se concretamente a função histórica do princípio da legalidade: combater as chamadas leis “*ex post facto*”²⁷⁹. Nesse sentido, muito embora o atual Tribunal Penal Internacional (TPI) preveja expressamente a aplicação dos seus ditames somente aos fatos praticados após a sua instauração²⁸⁰, vale registrar que nós tivemos a funesta experiência histórica dos Tribunais de Nüremberg e de Tóquio que, alicerçados em convenções internacionais ajustadas após os próprios fatos, condenaram à morte e à reclusão perpétua diversos líderes políticos das nações vencidas (é claro), Alemanha e Japão²⁸¹.

No entanto, deve-se fazer uma ressalva: o princípio da irretroatividade atua apenas em relação à lei penal mais severa, vez que o próprio texto constitucional alberga a possibilidade da retroatividade de lei penal mais benigna (art. 5º/CF, XL, 2ª parte). Assim, a lei penal retroagirá sempre que se entremostrear mais benéfica ao autor do fato. Em regra, levantam-se razões humanitárias ou de piedade para se autorizar esta retroação benéfica. Todavia, ela ocorre fundamentalmente por critérios de justiça. É que a nova lei ostenta uma nova concepção valorativa da sociedade sobre um determinado objeto da realidade, não se justificando que o autor do fato continuasse a sofrer os efeitos de uma concepção jurídica já inexistente²⁸². Nesta hipótese, como reconhece FRAGOSO, há um interesse do próprio Estado na impunibilidade ou na menor punição do agente, posto que expressamente admitiu serem desnecessárias, iníquas e inúteis as sanções

²⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967. p. 253.

²⁷⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 69.

²⁸⁰ STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. Tribunal penal internacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, a. 7, n. 28, p. 208-218, out./dez. 1999.

²⁸¹ LUISI, Luiz. Sobre o princípio da legalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 259.

²⁸² “Se as concepções ou valorações jurídicas variaram não é justo aplicar ao réu a lei antiga mais desfavorável, que estava em vigor no momento da realização do fato, mas que não corresponde às concepções ou valorações atuais” (CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. v. 1. 5. ed. 2. reimpressão. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 185).

anteriores para oferecer segurança jurídica à sociedade²⁸³. Justificando-se a intervenção penal somente quando se mostrar irrenunciável à segurança dos cidadãos não se enxerga razão alguma – como notou HUNGRIA – em manter a eficácia póstuma da lei penal já revogada²⁸⁴.

Repare-se, ainda, que esta modalidade de aplicação retroativa não viola o princípio da legalidade. Agora, se a aplicação retroativa de lei penal mais favorável em nada macula o fundamento político do dogma da reserva legal; o mesmo não se pode dizer acerca da aplicação retroativa de lei penal mais gravosa. Daí se admitir, excepcionalmente, a primeira possibilidade; e, pelo mesmo argumento, repudiar-se ardorosamente a segunda. É o que ensina MUÑOZ CONDE: “Desta forma, a proibição da retroatividade da lei prejudicial para o réu confirma o caráter de limite para o Estado e garantia para o cidadão que possui o princípio da legalidade. Mas precisamente porque este é o sentido da presente garantia, cabe afirmar que a aplicação retroativa das leis penais que beneficiam o réu, não viola o seu conteúdo”²⁸⁵.

§ 2º - Princípio da exclusão dos costumes.

Como segundo desdobramento do princípio da legalidade pode-se elencar o “princípio da exclusão dos costumes” (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), mediante o qual somente a lei escrita pode definir quais são as condutas criminosas e cominar-lhes as respectivas sanções. O costume, enquanto fator resultante da repetição reiterada e uniforme de uma regra de conduta com a ciência de sua obrigatoriedade (requisito subjetivo este que o diferencia do mero “hábito”), não pode suscitar nenhuma norma penal incriminadora. Deve-se deixar bem claro: na área do Direito Penal em sentido estrito, isto é, no tocante às normas tipicamente penais (aquelas que criam os crimes e cominam as penas), não se reconhece aos costumes qualquer função criadora. Contudo, isto não significa dizer que o costume não desempenhe nenhuma outra função dentro do

²⁸³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p. 119.

²⁸⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 1. t. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976. p. 115-6.

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 153.

âmbito do Direito Penal, posto que – como veremos abaixo – ele cumpre importantes tarefas interpretativa e integrativa.

Nesse direcionamento, e ainda abrangendo as normas penais incriminadoras, é o costume um importante elemento de interpretação, servindo como imprescindível instrumento de elucidação do alcance do conteúdo típico. Em diversas tipificações constantes na Parte Especial do Código Penal o legislador presta menção a conceitos que só podem ser devidamente esclarecidos mediante a invocação dos costumes. Há, pois, diversos tipos penais que exigem para a sua concreção típica a concorrência de elementos normativos extrajurídicos que, basicamente, fundamentam-se – como sentiu HUNGRIA - em uma moralidade coletiva variável no tempo e no espaço²⁸⁶. Este fenômeno ocorre, por exemplo, com o emprego do termo “mulher honesta” nas figuras típicas dos art. 215 (posse sexual mediante fraude), art. 216 (atentado ao pudor mediante fraude) e art. 219 (rapto), todos do CP; bem como com a utilização da expressão “ato obsceno” na construção típica do art. 233/CP (ultraje ao pudor público)²⁸⁷. Define-se o costume, aqui, enquanto importante elemento interpretativo a ser considerado pelo julgador no momento do “fechamento” daqueles tipos penais abertos.

Esta permissividade legislativa aos influxos das noções costumeiras não nos autoriza, no entanto, a reconhecer uma função derogatória no costume. Em nosso ordenamento jurídico-penal o desuso é inadmissível. Ou seja, ainda que muitas normas penais incriminadoras não estejam mais sendo aplicadas em virtude da omissão das autoridades incumbidas de tal tarefa, estas normas penais continuam vigentes e com toda a obrigatoriedade. Somente outra lei penal pode formalmente retirar-lhes a força repressiva, revogando-as pela descriminalização. Enquanto essa retirada de competência formal não ocorrer, não é o costume que lhes pode tolher a vigência e a obrigatoriedade. É dentro deste esquadro que devem ser problematizadas as hipóteses do crime de manutenção de casas de prostituição (art. 229/CP), bem como da contravenção penal do “jogo do bicho” (art. 58/LCP). Aliás, no tocante a esta última situação, algumas decisões de Tribunais estaduais têm entendido que, pelo fato do próprio Poder Público

²⁸⁶ HUNGRIA, Nélson. *Op. cit.* p. 102.

²⁸⁷ Os exemplos são de BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 70.

explorar jogos de azar (muitas vezes, inclusive, autorizando que esta atividade seja desempenhada pelo setor privado em suas tarefas arrecadatória e fiscalizatória), deve dar-se por revogado o art. 58/LCP. Entretanto, o STJ firmou entendimento no sentido de que, diante do princípio da supremacia da lei escrita, não possa ter foros de autonomia jurídica o costume “*contra legem*”²⁸⁸. No entanto, embora jurisprudencialmente rechaçada, a idéia do desuso pode catalisar toda a sua força argumentativa para duas trincheiras de trabalho: a) em sede judicial, servindo como fator demonstrativo de que a aplicação seletiva e espasmódica de uma norma penal incriminadora pode torná-la inválida face ao princípio constitucional de isonomia²⁸⁹; b) e, em sede legislativa, funcionando como diretriz de trabalho do legislador ao lhe indicar a revogação dos tipos penais em desuso (caso do adultério).

Finalmente, fora do âmbito das normas penais incriminadoras, o costume desempenha uma relevante função integrativa, suprimindo as lacunas existentes no ordenamento jurídico-penal não-incriminador. O direito consuetudinário, assim, pode ser invocado para favorecer o réu. Um exemplo muito claro da manifestação deste costume *in bonam partem* concretiza-se no chamado “direito correccional dos pais”. Os pais têm o direito de criação dos filhos. Em decorrência, podem impor castigos moderados aos filhos menores que estejam sob a sua guarda, desde que – evidentemente – as reprimendas não sejam excessivas. Desse modo, embora se possa tolerar uma palmada ou até mesmo uma privação de liberdade momentânea do menor (castigo), não se pode admitir – em hipótese alguma – violências indignificantes, tais como as que se verificam nos atos de desferir pontapés, ocasionar fraturas e provocar sangramentos²⁹⁰. Note-se, ainda, que o uso regular deste direito correccional é, hoje, exclusivo dos pais, não se estendendo aos professores, já que os novos métodos pedagógicos e educacionais reputam serem completamente desnecessárias estas medidas

²⁸⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 77.

²⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 203.

²⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Ed. Fórum, 2004. p. 188.

dentro de uma escola. Também não se reconhece este direito correccional na hipótese em que este agente estiver diante de um filho de outras pessoas, a não ser que os pais deste outro menor tenham consentido em seu exercício e que o adulto observe estritamente os limites deste mesmo consentimento.

§ 3º - Princípio da proscrição da analogia.

Terceiro desdobramento do princípio da legalidade, o princípio da proscrição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) traduz a proibição do emprego do procedimento analógico no processo de criação de crimes e cominação de sanções. Vale lembrar que, na analogia, diante da ausência de expressa previsão legal para um caso específico, o juiz, fazendo às vezes de legislador, busca compor a situação mediante a utilização de um dispositivo que regule um caso semelhante. É a analogia, pois, uma conclusão que se extrai do particular para o particular, lastreada que está na identidade de matéria existente entre o caso que possui expressa regulação e o que não a possui. Pois bem, o argumento analógico não pode fomentar nenhuma norma penal incriminadora.

De forma exemplificativa, o juiz não pode, mediante pura criação analógica, vislumbrar um crime de violação de domicílio (art. 150/CP) na conduta do agente que efetua diversas ligações noturnas inoportunas ao seu desafeto, já que o tipo exige a efetiva entrada ou permanência física do agente em domicílio alheio; assim como também não se poderá cogitar do crime de furto (art. 155/CP) na conduta do estudante que toma um Código Penal da biblioteca de sua Faculdade para utilizá-lo – momentaneamente – na realização da prova de Direito Penal, restituindo-o de forma intacta após o exame, vez que o crime de furto exige para a sua configuração a especial finalidade de assenhoreamento definitivo da coisa; como, por fim, não se deverá enxergar na conduta de plantar poucos pés de maconha para uso próprio o crime do art. 16, da Lei nº 6.368/76 (porte ilegal de substância entorpecente para uso próprio), haja vista a pormenorização dos verbos-núcleo do tipo (“adquirir”, “guardar”, “trazer consigo”), tampouco podendo o intérprete equipará-la ao tráfico ilícito de substância entorpecente do art. 12 da

mesma lei (cf. o seu § 1º, inciso II), que se refere especificamente às condutas de “semear”, “cultivar” ou “fazer a colheita” de planta da qual se origine substância de caráter entorpecente para fins comerciais²⁹¹.

Deve-se deixar bem claro: na área do Direito Penal em sentido estrito, isto é, no tocante às normas tipicamente penais (aquelas que criam os crimes e cominam as penas), o emprego da analogia, por representar um verdadeiro caso de analogia *in malam partem*, é simplesmente inadmissível. Não podemos nos esquecer da precisa lição de MACHADO: “Com base no que expus, pode-se fazer uma releitura da proibição da analogia no Direito Criminal: não há analogia porque, onde não há tipo, há uma lei autorizando criminalmente a conduta. E aplicar a analogia é desobedecer a lei. Isso porque a lacuna na parte especial, na parte da tipificação das condutas, é intencional”²⁹².

Por outro lado, fora do âmbito das normas penais incriminadoras, a analogia desempenha uma relevante função integrativa, suprimindo as lacunas existentes no ordenamento jurídico-penal não-incriminador. A analogia pode, assim, fundamentar a não-aplicação da pena, favorecendo o réu. Admite-se, pois, em Direito Penal, a analogia que se mostre benéfica ao réu (analogia *in bonam partem*). Justifica-se a adoção do procedimento analógico em favor do réu pelo fato da analogia, nestas hipóteses, consubstanciar-se num verdadeiro critério de equidade, entendimento que – em última análise – permite salvaguardar a racionalidade do direito e preservar sem fissuras o estado constitucional de direito²⁹³. Ademais, a analogia que favorece o réu não fere o princípio da legalidade (ao contrário da analogia em desfavor do réu), não trazendo em consequência nenhuma lesão à segurança jurídica²⁹⁴. É calcada nesta

²⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. Tóxico – plantação de maconha para uso próprio: equipara-se à tráfico de entorpecente? In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Ed. Síntese, v. 4, n. 19, p. 32-33, abr./mai. 2000.

²⁹² MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 241.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 175.

²⁹⁴ “Quando favoreça o réu (*analogia in bonam partem*) não chocará, em troca, com o sentido de limite garantidor que possui o texto legal: dito limite somente persegue garantir ao cidadão que não poderá ver-se afetado por uma pena que não se encontre prevista pela letra da lei, e não que não possa ser menos castigado ou, inclusive, eximido da pena se não o prevê literalmente a lei”. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 3.

fundamentação que a maioria das Varas de Execuções Penais têm acolhido, por exemplo, a possibilidade de remição da pena pelo estudo (a razão de um dia de pena a cada três dias estudados), não estando este instituto adstrito única e exclusivamente ao trabalho efetuado pelo detento; é também por esse viés que se chega à admissão do consentimento do ofendido enquanto uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade (ilicitude) da ação típica.

Deve-se, contudo, ressaltar que a analogia *in bonam partem* não pode suplantiar o princípio da inextensão analógica das normas excepcionais. As normas verdadeiramente excepcionais, por constituírem o “direito de exceção”, não admitem o emprego da analogia, ainda que a utilização deste procedimento resulte ser mais vantajosa para o réu. E esta objeção levanta-se por um dado singelo: a norma excepcional implanta um regime único e singular de tratamento jurídico a uma determinada hipótese, retirando este caso da disciplina geral e o submetendo a uma regulação distinta e especial. Então, na exata percepção de BETTIOL, se nós admitirmos em relação a ela o emprego da analogia, estaremos a destruir o próprio conceito de norma excepcional²⁹⁵.

Em razão disso, os Tribunais Superiores têm se inclinado a admitir o “regime inicialmente fechado” e a possibilidade de posterior progressão de regime somente para os réus condenados pelo crime de tortura (Lei nº 9.455/97), não estendendo esta possibilidade para os autores condenados por crimes hediondos e pelos demais crimes assemelhados aos hediondos pela Constituição Federal (“tráfico ilícito de substância entorpecente” e “terrorismo”), mantendo inatacável a norma excepcional que prevê o cumprimento da pena destes autores em “regime integralmente fechado” (Lei 8.072/90). Adotando a mesma postura argumentativa, seria questionável a inclusão da impunibilidade do aborto na hipótese de gravidez resultante de atentado violento ao pudor como sendo um dos exemplos do emprego da analogia *in bonam partem*²⁹⁶.

Seguindo esta linha de raciocínio vê-se que a analogia estaria proibida tanto nas normas incriminadoras quanto nas normas excepcionais, ainda que se

ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 96).

²⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. v. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1966. p. 101-102.

²⁹⁶ São autores que questionam o tradicional exemplo da doutrina brasileira: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.* p. 106; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 100.

mostrassem mais benéficas ao réu; em todo o resto do ordenamento jurídico seu emprego seria perfeitamente admitido. Contudo, parece-me insensato absolver a agente do crime de aborto no caso da gravidez resultar de estupro e – pelo mesmo fato – não a absolver pela simples razão de que a gravidez tenha se originado de um outro crime sexual (atentado violento ao pudor, p.ex.). Ora, a racionalidade do direito deve ser salvaguardada: não poderemos sobrepor uma exigência técnica resultante de insensíveis pruridos da lógica formal ao faiscante valor político da “liberdade”, consagrado em nosso texto constitucional. Dessa maneira, mesmo se tratando de uma norma penal não-incriminadora contida na Parte Especial do Código Penal, devemos admitir, aqui, o emprego da analogia para eximir a agente de qualquer punição.

§ 4º - Princípio da determinação-taxatividade da lei penal.

O quarto e derradeiro corolário lógico do princípio da legalidade é o princípio da determinação-taxatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), arquitetado sobre a concepção de que o legislador deve buscar descrever a conduta criminosa do modo mais exaustivo possível²⁹⁷, valendo-se da maior precisão legislativa possível. Trata-se, pois, de um postulado endereçado ao legislador, proibindo-o de elaborar os tipos penais de uma forma ambígua, imprecisa e vaga. Para cumprir com tal desiderato o legislador deve evitar incriminações que contenham termos porosos, conceitos equívocos e cláusulas genéricas. Requer-se, a todo custo, um “mandato de certeza”.

Esta determinação ou taxatividade da lei penal tem por objetivo primordial proteger o cidadão do arbítrio judiciário, vez que - com tipos penais vagos e ambíguos - o juiz se transmuda em verdadeiro legislador, ficando ao talante do juiz os limites penais entre o lícito e o ilícito. Assim, pode-se afirmar que este princípio busca combater incessantemente o subjetivismo, a espontaneidade e o conjunturalismo no momento da aplicação da lei penal. De todos os desdobramentos do princípio da legalidade é este, portanto, justamente aquele

²⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Ed. Akal, 1994. p. 36.

que lhe garante real eficácia, pois de nada adiantaria uma lei anterior ao fato se esta mesma lei não se apresentasse precisa e inequivocamente determinada a tal ponto de arrostar o arbítrio judicial.

Nesse sentido, assiste plena razão a NILO BATISTA quando afirma que “formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”²⁹⁸. Em síntese, sob sua orientação a conduta criminosa deve consistir num fato certo e determinado, sob pena de não restarem atendidos o princípio da separação dos poderes (art. 2º/CF) e o princípio da legalidade ou da reserva legal (art. 5º/CF, XXXIX; art. 1º/CP – “não há crime sem lei anterior que o **defina**”).

Valendo-se da abordagem teórica empreendida por NILO BATISTA podemos vislumbrar em nosso ordenamento jurídico-penal diversas hipóteses de violação a este princípio²⁹⁹. Num primeiro grupo de casos por ele identificado podemos situar aquelas incriminações em que a técnica legislativa ocultou o verbo-núcleo do tipo. Esclareça-se preliminarmente: verbo-núcleo do tipo é aquele verbo que denota com precisão o cerne da conduta criminosa do agente. A título exemplificativo temos o “matar” no tipo de homicídio (art. 121/CP), o “subtrair” no tipo de furto (art. 155/CP), o “constranger” no tipo de estupro (art. 213/CP) e assim por diante. Todavia, em algumas hipóteses legais, como no tipo do adultério, infelizmente não podemos constatar a presença deste verbo-núcleo do tipo. O “cometer adultério” do art. 240/CP é um agir vago e indeterminado. Perguntar não ofende: será que um cinema a dois configuraria o crime em tela? Será que um simples selinho em sua amante teria o condão de transformar o desventurado beijoqueiro em um “adúltero” perante a lei penal? Embora a doutrina se incline para o “ato sexual inequívoco”, a jurisprudência tem exigido a efetiva “conjunção carnal” que, aliás, poderia ser provada pela existência do encontro a sós. Mas pode surgir ainda quem alegue: o desejável seria considerar o homem adúltero do ponto de vista penal somente se ele mantiver uma amante fixa, como outrora

²⁹⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 78.

²⁹⁹ BATISTA, Nilo. *Ibid*, p. 81-2.

previu o Código Rocco. Em suma, a indeterminação da conduta típica, aqui, é manifesta.

Num segundo grupo de casos deveriam estar acomodadas todas aquelas incriminações que se valham de elementos do tipo sem precisão semântica. Se lançarmos um olhar sobre a lei dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), verificaremos um sem-número de hipóteses desta modalidade de violação ao princípio da determinação taxativa, como, p.ex., o crime de poluição (art. 54 – causar poluição de qualquer natureza “em níveis tais”) e o crime de descumprimento de obrigação de relevante interesse ambiental (art. 68 – deixar de cumprir obrigação de “relevante” interesse ambiental). Igual fenômeno é presenciado nas leis que cuidam dos crimes econômicos. Um belo exemplo é o art. 4º, da Lei nº 7.492/86. Dizer que é crime “gerir fraudulentamente instituição financeira” é não afirmar absolutamente nada. Aqui, torna-se oportuno salientar que o emprego de tal técnica legislativa não é fortuito, nem muito menos contingente, visto que nestas áreas, tem-se – via de regra – uma autoria economicamente privilegiada. E é justamente nestes setores do ordenamento jurídico-penal que detectamos uma clamante manifestação do “direito penal simbólico e promocional”, oriundo de uma artimanha legislativa consistente na utilização de incriminações de atividades típicas das classes mais próximas do poder com o mero escopo de se criar um signo (e é só um símbolo mesmo) no imaginário popular de que o sistema de justiça criminal é igualitário, permitindo – por via de consequência - o recrudescimento da impunidade daqueles que estão próximos do poder de legislar e, bem por isso mesmo, menos sujeitos ao processo de criminalização³⁰⁰.

Num terceiro grupo de casos estariam localizadas as incriminações que, de uma forma ou de outra, representam tipificações abertas ou exemplificativas. Tipos abertos são os tipos que devem ser rematados (“fechados”) pelo julgador sem qualquer recurso à outra espécie de disciplina normativa. Nesta modalidade de tipificação, frisa CUNHA LUNA, “o dogma da reserva legal é aparentemente mantido, porque a lei, em vez de falar, concede a palavra para quem dela quiser,

³⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

ou melhor, puder fazer uso”³⁰¹. São exemplos dessa categoria típica as hipóteses já retratadas no tópico em que abordamos a função interpretativa desempenhada pelos costumes no Direito Penal: art. 215/CP (“mulher honesta”), art. 233/CP (“ato obsceno”), etc. Desse modo, esta invocação ao direito costumeiro é altamente criticável sob a ótica do princípio da determinação-taxatividade, muito embora tenhamos que concordar com a percepção de que todos os elementos típicos demandam uma atividade interpretativa, até mesmo aqueles classificados enquanto “descritivos”, que, pretensamente, descartariam este processo por estarem facilmente apreensíveis pelos sentidos. Suponhamos, figurativamente, que alguém faça uma ligação clandestina com a televisão a cabo de seu vizinho, logrando êxito em seu intento, sem, contudo, impedir que esse mesmo vizinho utilize o serviço por ele regularmente contratado. Até mesmo o elemento típico descritivo “subtrair” do tipo de furto (art. 155/CP) passará por um conturbado crivo interpretativo, do qual resultará provavelmente – e dependendo das circunstâncias, é claro – o deslocamento da conduta para o tipo de estelionato (art. 171/CP).

Em todo caso, e excedendo o âmbito de análise até aqui proposto, cremos que o princípio da determinação-taxatividade (“mandato de certeza”) é uma exigência constitucional que também se estende à cominação abstrata das penas³⁰². Acreditamos que este princípio não diz respeito apenas e tão-somente à descrição das condutas incriminadas, mas também abarca o processo de fixação das sanções penais pertinentes a estas mesmas condutas. Assim sendo, afigura-se-nos indispensável sublinhar um quarto grupo de casos nos quais observaríamos uma violação a este princípio penal constitucional: hipóteses de completa indeterminação das sanções. Num Estado Democrático de Direito a sanção não pode, de nenhuma forma, estar indeterminada. Desse modo, a medida de segurança – enquanto espécie do gênero “sanção penal”, plenamente assimilável à pena privativa de liberdade no plano ontológico - deve possuir limites

³⁰¹ LUNA, Everardo da Cunha. Tendências do direito penal contemporâneo. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 33.

³⁰² BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 80-1; FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *O código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. t. 1. v. 1. 7. ed. rev e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 42; PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 78.

quanto à sua duração³⁰³, não podendo protrair-se por tempo indeterminado, apesar da previsão expressa nesse sentido do art. 97/CP, § 1º. Por igual razão, deve-se concluir pela inconstitucionalidade da denominada “prestação de outra natureza” (art. 45/CP, § 2º), modalidade de pena alternativa à prestação pecuniária (esta, por sua vez, já uma pena alternativa à pena privativa de liberdade), pelo simples argumento de que o cidadão não pode conhecer com a antecedência e precisão necessárias a natureza da sanção que lhe poderá ser imposta, tomando-se como exemplo desse disparate a largamente difundida imposição de “cestas básicas” através dos Juizados Especiais Criminais.

Além destas hipóteses, toda vez que houver a fixação de marcos penais excessivamente amplos (com uma substancial diferença entre a pena mínima cominada e a pena máxima cominada) estar-se-á colidindo frontalmente com o princípio da determinação-taxatividade, visto que, nesta suposição, além de se permitir a transformação do juiz em autêntico legislador³⁰⁴, viabiliza-se a adoção de soluções radicalmente antagônicas para fatos extremamente similares³⁰⁵. É o que atualmente se verifica no tipo do art. 12, da Lei nº 6.368/76 (tráfico ilícito de substância entorpecente), no qual a pena máxima cominada é simplesmente o quíntuplo da pena mínima cominada (3 a 15 anos)³⁰⁶; bem como no tipo do art. 333/CP (corrupção ativa), em que esta diferença eleva-se em um degrau, já que a pena máxima é seis vezes maior do que a pena mínima (2 a 12 anos).

³⁰³ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 80, n. 663, p. 257-267, jan. 1991; FERRARI, Eduardo Reale. Os prazos de duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 83, n. 701, p. 267-275, mar. 1994.

³⁰⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.* p. 42.

³⁰⁵ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 80.

³⁰⁶ O exemplo é de LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 89, n. 779, p. 427, set. 2000.

Capítulo 8 – PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

O grande alvo constituído pela construção teórica do princípio da legalidade e de seus desdobramentos é o arbítrio judicial. Entretanto, este verdadeiro porta-estandarte do Direito Penal limitador em nada interfere no possível arbítrio legislativo, visto que o legislador – atendendo à legalidade – pode criar figuras típicas iníquas e cominar sanções penais atrozes e vexatórias³⁰⁷. Assim, impõe-se a elevação de um outro postulado que procure combater o arbítrio do legislador, já que este não é suficientemente obstaculizado pelo dogma da reserva legal. Surge, então, o princípio da intervenção mínima, tendo por fundamento constitucional a inviolabilidade da liberdade (art. 5º/CF, *caput*) e a dignidade da

³⁰⁷ “No fundo, com uma maioria nas Casas do Congresso e um Diário Oficial é sempre possível, ao Poder Executivo, tangenciar os princípios da legalidade e da exclusiva proteção dos bens jurídicos e apontar o Direito Penal para o equacionamento de todo e qualquer conflito social, transformando-o num expediente corriqueiro, de uso comum” (FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.* p. 13).

pessoa humana (art. 1º/CF, inciso III)³⁰⁸. Ora, a privação da liberdade de um homem só se legitima se resultar estritamente necessária à manutenção dos valores fundamentais da sociedade; vale dizer: só se restringe o direito constitucional à liberdade se esta mesma restrição mostrar-se imprescindível à intangibilidade do convívio seguro entre as pessoas. É esta a idéia central que está expressamente consignada no art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – “as leis devem prever penas estrita e evidentemente necessárias”, bem como na célebre obra de BECCARIA, para quem são totalmente desnecessárias as penas que não sejam suficientes para manter incólume o depósito público das parcelas mínimas de liberdade anteriormente cedidas por ocasião do contrato social³⁰⁹.

Seção 1 – Do caráter subsidiário do Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima pressupõe a observância de dois critérios pelo legislador na composição da ordem jurídico-penal. Divide-se, pois, este princípio penal constitucional em dois subprincípios: o princípio da subsidiariedade e o princípio da fragmentariedade³¹⁰. ROXIN veementemente enuncia que “o Direito penal deve ser entendido como proteção subsidiária de bens jurídicos”³¹¹. O caráter subsidiário do Direito Penal indica que a criminalização de uma conduta só é recomendável se as demais formas de controle social fracassarem na proteção do bem jurídico, seja através dos órgãos formais de controle social (direito civil, direito administrativo, etc.), seja mediante

³⁰⁸ LUISI, Luiz. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. In: *Ciência penal – coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: Ed. JM, 1999. p. 270. Procurando reconhecê-lo implicitamente na Carta Constitucional: “Dado que a Constituição deseja garantir a liberdade geral da atuação humana, o Direito Penal somente pode estabelecer limitações quando seja indispensável para a proteção da sociedade. A norma penal representa de certa maneira a *ultima ratio* dentro do instrumental a disposição do legislador” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 3).

³⁰⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

³¹⁰ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 85.

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1997. p. 60; 65-7.

os órgãos informais de controle social (família, escola, igreja, partidos políticos, etc.)³¹². Se estas outras formas de controle social evidenciarem-se como sendo suficientes e eficazes à proteção do bem jurídico, são elas que devem ser utilizadas, e não as medidas penais, posto que o Direito Penal representa a forma mais incisiva e drástica de intervenção punitiva na esfera da liberdade individual³¹³.

Vale dizer, o Direito Penal deve ser a “*ultima ratio* da política social”³¹⁴, sendo legítima a sua utilização apenas enquanto “soldado de reserva” do legislador³¹⁵. Pode-se dizer, metaforicamente, que se trata da mesmíssima concepção que deve informar a política corretiva dos pais quanto ao emprego da “palmada”. Todo pai sabe que a “palmada” só deve ser aplicada diante da ineficácia da admoestação verbal ou do castigo no quarto. A figura associativa a que recorre GIMBERNAT ORDEIG é outra: “Se um doente pode ser curado facilmente com medicamentos, nenhum médico lhe prescreverá seis meses de repouso absoluto para alcançar o objetivo de devolver-lhe a saúde. E se a outro doente são suficientes seis meses de repouso para a recuperação, nenhum cirurgião o submeterá a uma grave operação para obter o mesmo resultado”³¹⁶.

Em nossa legislação este princípio é observado em algumas hipóteses. ZAFFARONI nos oferece diversos exemplos de respeito e atendimento a este

³¹² “As disposições penais, como *ultima ratio*, só se justificam onde meios menos lesivos (como os do Direito Civil ou do Direito Público) não bastem ao interesse de uma eficiente proteção aos bens jurídicos” (WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral* (aspectos fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1976. p. 4).

³¹³ “Dever-se-á preferir ante tudo a utilização de meios desprovidos do caráter de sanção, como uma adequada Política Social. Seguirão a continuação as sanções não-penais: assim, civis (por exemplo: impugnabilidade e nulidade de negócios jurídicos, repetição por enriquecimento injusto, reparação de danos e prejuízos) e administrativas (multas, sanções disciplinares, privação de concessões, etc). Somente quando nenhum dos meios anteriores seja suficiente, estará legitimado o recurso à pena ou à medida de segurança” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 98-9). Em feliz síntese: “O princípio da subsidiariedade limita, portanto, o *ius puniendi* na medida em que só autoriza a intervenção penal se não houver outro tipo de intervenção estatal menos lesiva e menos custosa aos direitos individuais”. (FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.* p. 14).

³¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do Direito Penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 30.

³¹⁵ Esta expressão foi originariamente adotada por NÉLSON HUNGRIA por ocasião da análise do conflito aparente de normas penais: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 1. t. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976. p. 144-148.

³¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.* p. 25.

princípio implicitamente admitido no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: atualmente, o não-pagamento de uma dívida cível enseja apenas reparação; o não-pagamento de uma dívida trabalhista dá azo a uma reclamação trabalhista tão-somente; e o não-pagamento da conta de luz gera unicamente o corte unilateral de seu fornecimento³¹⁷. Em nenhum destes casos temos a configuração de um “ilícito penal” somente por conta da ausência de uma marca característica e indelével dos ilícitos penais: a pena de prisão. “Delito é o ilícito merecedor de pena”, diria JESCHECK³¹⁸. Não podemos nos esquecer dos ensinamentos de ROXIN³¹⁹ e de NILO BATISTA³²⁰: a pena (sanção), muito antes de representar a principal consequência jurídica do delito, é a condição indispensável para a sua própria existência jurídica.

De toda forma, o princípio da subsidiariedade nem sempre é observado. Hoje, p.ex., nós ainda temos a incriminação do adultério (art. 240/CP). E isto mesmo após a aprovação da lei do divórcio (Lei nº 6.515/77), pela qual o próprio Estado reconheceu expressamente a alteração da natureza jurídica do casamento – admitindo que o casamento deixou de representar o ideal da “família” enquanto o sustentáculo de toda a estrutura jurídica (caráter institucional) e passou a significar um mero contrato entre as partes nele envolvidas (caráter contratual). Nesse sentido, o adultério – como qualquer outra espécie de violação de um dever contratual – deveria engendrar apenas sanções civis, não ensejando a

³¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 59.

³¹⁸ “O delito não se distingue das demais infrações de Direito Civil e de Direito Administrativo qualitativamente, mas somente quantitativamente. A intervenção do Direito Penal vem exigida por uma maior necessidade de proteção da coletividade e, por conseguinte, o delito deve encerrar um maior conteúdo de injusto e de culpabilidade: o delito é o injusto merecedor de pena” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.* p. 43). Também neste sentido: “O Direito Penal não pretende submeter às suas normas todos os ilícitos, mas apenas um setor especial, constituído pelas formas mais graves e inadmissíveis das condutas antijurídicas, quando elas sejam materialmente merecedoras de uma pena” (MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*: parte general. v. 1. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994. p. 39).

³¹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 41.

³²⁰ “Vemos, portanto, que o elemento que transforma o *ilícito* em *crime* é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma *pena*. Esse é o substrato das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples ‘consequência jurídica’ do crime, mas sim, antes disso, sua própria condição de existência jurídica” (BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 44).

aplicação de sanções penais. Reputa-se, do mesmo modo, que a emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171/CP, § 2º, inciso VI) seria adequadamente equacionada no âmbito extrapenal, particularmente mediante uma eficaz suspensão de crédito no âmbito administrativo. Finalmente, concebe-se que o contrabando e o descaminho (art. 334/CP) já seriam suficientemente sancionados em seara administrativa com a perda dos produtos apreendidos em favor da União, não necessitando – portanto – de tutela jurídico-penal³²¹.

Este freqüente desrespeito ao caráter subsidiário do Direito Penal gera um pernicioso fenômeno denominado “hipertrofia penal” (ou, conforme a algumas de suas variantes, “inflação legislativa”, “crescimento patológico da legislação penal” e “esquizofrenia legislativa”), fenômeno este que não está impassível de críticas. Isto porque ele retrata a crença de que o Direito Penal possa ser a panacéia para todos os males. Detecta-se uma volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal, transformando-se o Direito Penal - que deveria ser a *ultima ratio*, como vimos -, em *prima ratio* da política social. O Prof. ALCIDES MUNHOZ NETTO dizia que isto era facilmente explicável: este fenômeno só acontece porque, enquanto para construir uma sala de aula numa pequena cidade do interior são necessários os processos de dotação orçamentária, prévia licitação e operacionalização da obra; para se criar uma lei, basta criá-la³²². Além disso, produz-se uma flagrante relegitimação do poder político, traduzida em votos depositados nas urnas e – diga-se – nas urnas de políticos de todos os partidos.

Adotando-se o viés da “defesa social”, deve-se convir que a deflagração deste fenômeno faz com que o Direito Penal caia em completo descrédito, vez que – ao ser utilizado desbragadamente – a pena haure uma acepção meramente fantasiosa³²³. O pai que se vale insistentemente da “palmada” sabe que põe por

³²¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 13.

³²² *Apud* MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 239.

³²³ “Todavia, deve-se ressaltar que o Direito Penal seguirá sendo a espinha dorsal do controle social somente na medida em que não seja mal gasto” (MAURACH, Reinhart. *Op. cit.* p. 45). “Assim se cria um Direito Penal hipertrofiado e onipresente; o respeito cívico que o cidadão devotaria à lei justa tende a se transformar no temor calado frente à pena grave” (BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. In: *Revista de*

terra a eficácia deste meio corretivo. Além disso, essa utilização excessiva da sanção criminal provoca a instauração de um verdadeiro “Direito Penal do terror”³²⁴ – regime legal pelo qual todo mundo foi, é ou será criminoso. É ainda o ótimo MUNHOZ NETTO que nos evidencia ser totalmente descabida esta proliferação legislativa, a ponto de que “os cidadãos vêm-se enredados (sem chances de salvamento) num cipoal de criminalidade que mesmo o indivíduo plenamente integrado na vida social não precisará se esforçar, nem se violentar, para sofrer o vexame de um processo criminal”³²⁵. E parece assistir total razão ao insigne jurista: hoje, talvez pouquíssimas pessoas – incluindo técnicos da área - saibam que a conduta de dar bebida alcoólica à silvícola é prevista como criminosa pelo Estatuto do Índio; assim como um ínfimo número de cidadãos sabe que a conduta de ocasionar um dano indireto culposos a uma planta de ornamentação (p.ex, derrubar a samambaia da sogra) constitui-se em crime ambiental de acordo com a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98).

Seção 2 – Do caráter fragmentário do Direito Penal.

De outro lado, de acordo com o seu caráter fragmentário, o Direito Penal só deve sancionar aquelas condutas que se revelem como as mais lesivas aos bens jurídicos igualmente mais importantes. Em consequência desse princípio assinala-se, em primeiro lugar, que o Direito Penal não é um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, e sim um sistema descontínuo de proteção de bens jurídicos³²⁶. Ou seja, somente os bens jurídicos mais relevantes da ordem social é que merecerão a tutela jurídico-penal (v.g., a vida, a integridade física, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual da mulher, etc.), existindo diversos bens jurídicos que não estão albergados pelo ordenamento jurídico-penal (v.g., a fidejussão contratual, os meros interesses administrativos, etc.). Só devem ser guindados à posição de bem jurídico-penal aqueles interesses mais vitais e essenciais da

Direito Penal, São Paulo, Ed. RT, n. 13-14, p. 37, jan./jun. 1974).

³²⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Ed. Juruá, 1991.

³²⁵ *Apud* RAMOS, João Gualberto Garcez. *Ibid*, p. 26.

³²⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 86.

comunidade – sendo perfeitamente válida a constatação de que advém deste “critério de merecimento de pena”³²⁷ a distinção quantitativa existente entre o ilícito penal e o ilícito extrapenal.

Em segundo lugar, extrai-se que mesmo esses bens jurídicos que estão protegidos pelo Direito Penal não o estão frente a toda e qualquer espécie de agressão, mas apenas em relação aos ataques dotados de certa intensidade, que se mostrem realmente intoleráveis e graves. A “vida humana”, por exemplo. Embora seja um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, não está a vida humana tutelada diante de uma mera ideação de um projeto criminoso por parte do agente (a cogitação não é punível), como também não o está perante um mero ato preparatório que não chegou a ingressar na fase de execução (p.ex., a aquisição de uma arma de fogo). Estas duas conclusões estão resumidas na belíssima imagem metafórica de SOLER: “o Direito Penal deve ser um pequeno arquipélago de ilhas no grande mar do penalmente indiferente”³²⁸. Enfim, estes dois critérios que, conjugados, conformam a noção de que em Direito Penal a segurança jurídica está provida mediante uma mínima intervenção do Estado, deveriam orientar o legislador na composição da ordem jurídico-penal. Desgraçadamente, contudo, não lhe vêm orientando. Uma lástima.

³²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 77 e ss.

³²⁸ *Apud* PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.* p. 81.

Capítulo 9 – PRINCÍPIOS PENAIS REFERENTES AO FATO PUNÍVEL.

Seção 1 – Princípio da lesividade ou da ofensividade.

A missão declarada do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos fundamentais para o indivíduo e para a sociedade. Para CEREZO MIR, “bens jurídicos são os valores ideais da ordem social”³²⁹, resumindo-se, portanto, àqueles pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa e de toda a comunidade, enfim, bens jurídicos são os valores preferenciais que servem de ponto de apoio à norma³³⁰. Assim sendo, os modelos legais só podem prever como criminosas as condutas que efetivamente lesionem ou, alternativamente, exponham a perigo de lesão o bem jurídico protegido pela norma³³¹. Deve-se mencionar com DOTTI que o “nosso sistema jurídico está ancorado no modelo do crime como ofensa a bens jurídicos”³³², não se podendo, portanto, falar em delito

³²⁹ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. v. 1. 5. ed. 2. reimpressão. Madrid: Ed. Tecnos, 1998. p. 14.

³³⁰ “Conforme ao dito, o bem jurídico deve ser entendido como um valor abstrato e juridicamente protegido do ordenamento social, em cuja manutenção a sociedade tem um interesse, e que pode ser atribuído, como titular, à pessoa individual ou à coletividade” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 232). “Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua proteção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 2000. p. 179).

³³¹ “Uma ação humana só é criminosa quando viola um bem protegido pela norma jurídica. Todos os elementos materiais do crime podem estar presentes numa determinada ação, mas se o bem jurídico, protegido pela lei, não foi lesado pela ação, o crime não se configura” (LUNA, Everardo da Cunha. *Tendências do direito penal contemporâneo*. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 34).

³³² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 62.

sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal determinado (*nullum crimen sine iniuria*)³³³. Este é o “princípio da lesividade” ou, de forma mais abrangente e – diga-se de passagem - mais acertada, “princípio da ofensividade”, pelo fato desta nomenclatura englobar tanto a efetiva lesão ao bem jurídico como a probabilidade de dano ao mesmo (perigo de lesão).

Nesse contexto, somente pode ser penalmente castigado aquele comportamento que lesione ou exponha a perigo de lesão bens jurídicos de terceiros (fazendo claudicar o convívio seguro entre as pessoas)³³⁴, não se devendo censurar os comportamentos meramente pecaminosos ou imorais³³⁵. Vale lembrar que o Direito Penal é, por essência, uma ordem externa reguladora de condutas, não podendo funcionar como um instrumento de modelação moral do homem. Num Estado que adota a tolerância moral, a liberdade de consciência e o pluralismo ideológico como premissas básicas da comunhão social, não se pode confundir o Direito – e o Direito Penal em especial – com a moral³³⁶. Deve estar bem demarcada a linha divisória que separa o terreno do imoral do terreno do antijurídico.

Portanto, desde logo se vislumbra que o princípio da lesividade desempenha relevantes funções dentro de um Estado Democrático de Direito. NILO BATISTA enxerga de forma assaz percuciente quatro destas funções³³⁷. Em primeiro lugar, o princípio da lesividade teria o escopo de proibir a incriminação de uma atitude interna³³⁸. Dessa forma, não se pode admitir que o Estado incrimine

³³³ “Não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 179).

³³⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 46-7. Na doutrina brasileira: “Um Estado social e democrático de Direito apenas deverá amparar, como bens jurídicos, condições da vida social, na medida em que afetem as possibilidades de participação de indivíduos no sistema social” (FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 1. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 12).

³³⁵ “Uma consequência imediata do princípio de proteção de bens jurídicos é, por exemplo, a exclusão do âmbito de proteção penal das meras discrepâncias ideológicas, políticas ou religiosas, bem como das meras imoralidades sem transcendência aos direitos de terceiros” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 90).

³³⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 10-11.

³³⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 92-94.

³³⁸ BATISTA, Nilo. *Ibid*, p. 92.

aspirações, desejos, pulsões e sentimentos do homem que não tenham ganhado foros de exterioridade. Um crime sempre pressupõe a materialização de um fato punível. A cogitação, a mera resolução mental do projeto criminoso, é impunível. Em difundida lição de WELZEL tem-se que não se pune a vontade má, pune-se apenas a vontade má realizada³³⁹. E é altamente recomendável que assim se proceda, visto que - como nos mostra CAMUS, em sua obra “O Estrangeiro”, através de seu personagem MEURSAULT -, todos nós, em algum momento de nossas vidas, já desejamos a morte até mesmo de pessoas próximas e queridas³⁴⁰.

Em segundo lugar, o princípio da lesividade teria a função de impedir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor³⁴¹. Nesse sentido, não só as atitudes internas não poderiam ser incriminadas, como também não deveriam ser objeto de incorporação ao tecido legislativo todas aquelas condutas exteriorizadas que não transcendessem à esfera dos seus próprios autores. Exemplificativamente: a autolesão e o dano à coisa própria não podem ser punidos porque representam condutas que não ultrapassam o âmbito do próprio autor, excepcionando-se, é claro, a hipótese em que tais condutas são perpetradas com o intuito de fraudar a seguradora, fato que as deslocaria para o tipo de fraude, previsto no art. 171/CP, § 2º, inciso V. Pelo mesmo motivo a tentativa de suicídio não pode ser incriminada, ainda que a participação em suicídio seja punível se houver a morte do suicida ou se lhe resultarem lesões corporais graves em decorrência de sua tentativa (art. 122/CP). Aliás, é interessante notar que a tentativa de suicídio era normalmente punida à época em que o Estado detinha em suas rédeas o poder de deliberação acerca da vida e da morte do condenado; inversamente, com a supressão da pena de morte da maioria dos textos legislativos modernos, a tentativa de suicídio começou a bater

³³⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. 12. ed. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987. p. 259.

³⁴⁰ “Perguntou-me se eu, nesse dia, tinha tido pena da minha mãe. Esta pergunta muito me espantou e parecia-me que não era capaz de a fazer a alguém. Não obstante, respondi que perdera um pouco o hábito de me interrogar a mim mesmo e que era difícil dar-lhe uma resposta. É claro que gostava da minha mãe, mas isso não queria dizer nada. Todos os seres saudáveis tinham, em certas ocasiões, desejado, mais ou menos, a morte das pessoas que amavam” (CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. Trad. Antônio Quadros. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1972). p. 85.

³⁴¹ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 92.

em retirada da esfera de punibilidade³⁴². Por fim, observe-se: o princípio da lesividade permite que um dos grandes argumentos existentes a favor da retirada do caráter de ilícito penal do fato de “portar substância entorpecente para uso próprio” (art. 16, Lei nº 6.368/76) resida na idéia de que, mediante esta conduta, o agente lesa prevalentemente a si próprio, não importando tal conduta nenhum perigo social significativo e desvanecedor³⁴³.

Como terceira função desempenhada pelo princípio da lesividade deve-se mencionar o fato do mesmo proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais³⁴⁴. O que se deve reprovar ao homem é o seu fato, e não a sua personalidade; deve-se punir o agente pelo que ele faz, e não pelo que ele é. Privilegia-se o fato do agente em detrimento do agente do fato. Temos – ao menos (e só) programaticamente – um Direito Penal do fato, e não um Direito Penal do autor. Repudia-se, assim, a censura penal de verdadeiras formas de vida ou modos de ser, tais como a vadiagem, a mendicância e a prostituição. Embora pareça ser esta uma noção já solidificada no senso teórico comum, recentemente um presidente americano chegou a sugerir a incriminação de alguém pelo simples fato desta pessoa ser estrangeira. Ora, “ser estrangeiro” é uma condição da pessoa, e não uma conduta da pessoa. A princípio, ninguém escolhe a nacionalidade, é estrangeiro porque quer, mas apenas e tão-somente porque não nasceu nos Estados Unidos da América (EUA).

Por fim, e de forma a sintetizar as funções anteriormente citadas, o princípio da lesividade teria a tarefa de proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico³⁴⁵. A chave de compreensão desta derradeira tarefa está na sutil percepção de que não se pode punir meras imoralidades sem transcendência social³⁴⁶. A simples mentira, o

³⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 278.

³⁴³ Sobre este assunto: BATISTA, Nilo. O prazer e a lei penal. In: *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1984. p. 304-312.

³⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 93.

³⁴⁵ BATISTA, Nilo. *Ibid*, p. 94.

³⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1997. p. 52-3;

homossexualismo, as práticas sexuais entre adultos conscientes e a pornografia de um modo geral - desde que não viole os interesses de crianças e adolescentes -, são hipóteses que, embora possam suscitar conjunturais e espontâneas sanções morais e sociais, não devem engendrar a aplicação de uma sanção penal. O Direito Penal não pode se prestar ao ridículo papel de reprimir meras convicções morais dos cidadãos, devendo o Estado respeitar – acima de tudo – o democrático direito à diferença.

De toda forma, muito embora o princípio da lesividade tenha se redimensionado com a recepção do Estado Social e Democrático de Direito enquanto modelo de Estado, isto não significa dizer que este mesmo princípio não seja violado. Deparamo-nos com a primeira espécie de afronta à lesividade naquilo que chamamos de “crimes de perigo abstrato”. Nos crimes de perigo abstrato o perigo de lesão é antecipadamente presumido como existente pelo legislador, prescindindo-se de verificação concreta. Tome-se como exemplo o art. 42, da Lei 9.605/98 (crime de soltar balões). Neste caso, reputa-se que o agente praticou o crime pelo simples fato dele estar soltando um balão, independentemente da comprovação concreta de que este fato tenha gerado lesão ou probabilidade de lesão ao bem jurídico-penal (flora). Nesta modalidade de crime pune-se a conduta pela mera possibilidade de risco, e não pela probabilidade de dano devidamente constatada. Troça CERVINI que “em tais hipóteses penaliza-se ‘o perigo do perigo’”³⁴⁷. HERZOG é ainda mais espirituoso, pois para ele mediante esta técnica legislativa verifica-se “a colocação em perigo do Direito Penal mediante o Direito Penal da colocação em perigo”³⁴⁸.

É bem por isso que os Tribunais vêm rechaçando as incriminações que se modelem sobre a idéia do “perigo abstrato”, vez que estas condutas incriminadas estarão sempre muito distantes do núcleo central que toda e qualquer conduta criminosa dentro de um Estado Social e Democrático de Direito deva ostentar: a lesão a um bem jurídico-penal. Nesse lanço, convém qualificar como extremamente salutar a interpretação efetuada pelos Tribunais no sentido de que,

56-7.

³⁴⁷ CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 134.

³⁴⁸ *Apud* ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 60.

no tocante ao art. 309/CTB (“dirigir sem habilitação prévia ou com habilitação cassada”), o ilícito penal só se configure se a conduta deste motorista inabilitado gerar efetivamente perigo de dano à incolumidade física ou à vida dos demais participantes do trânsito. Em caso de ausência dessa comprovação estaríamos diante de um ilícito administrativo apenas, propiciando a aplicação para o caso em tela da solução já legalmente adotada para a hipótese de embriaguez ao volante (art. 306/CTB). Nessa esteira de entendimento o próprio STF já reconheceu inexistir o crime de “porte ilegal de arma de fogo” se o agente for flagrado na posse de arma de fogo desmuniada.

De igual sorte, o Direito Penal não deve se ocupar da proteção de meros interesses administrativos do Estado. A ofensa a um interesse jurídico do Estado não pode ser reputada como criminosa. Apropriando-se das palavras de REALE JR., “não devem ser erigidos à condição de dignidade penal os interesses da Administração na obediência de normas regulamentares, sem referência a valor de relevo social”³⁴⁹. Dessa forma, não teria nenhum cabimento utilizar o Direito Penal como instrumento apto, por exemplo, a controlar o tempo de estacionamento dos veículos automotores nos espaços públicos. Ora, o controle do tráfego de estacionamento não é um bem jurídico, visto não se tratar de um valor ideal da ordem social, um valor que possibilite o auto-desenvolvimento da pessoa. Trata-se, em verdade, de um mero interesse administrativo do Estado, não sendo digno – portanto – de tutela jurídico-penal. Com efeito, na área dos crimes contra a ordem tributária, levanta-se tese no sentido de que por detrás destas incriminações existe apenas um sutil e embrenhado interesse arrecadatário do Estado³⁵⁰. Esta sutileza despontaria nítida por ocasião da análise do instituto da extinção da punibilidade pela reparação ao erário (pagamento do

³⁴⁹ REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

³⁵⁰ Para LUIZ ALBERTO MACHADO nestas hipóteses estaríamos diante da tutela de um interesse jurídico, e, não, de um bem jurídico. Isto porque “bem jurídico” é aquilo que se imagina enquanto um valor permanente – não imutável, mas que tende à imutabilidade; já o “interesse jurídico” representaria um valor contingente. (Aula proferida em 11.04.2002 nas dependências do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná). Eis uma lição a se guardar: “Objeto da proteção do Direito é, ademais, somente o bem jurídico mesmo, e não o interesse que possa ter nele seu portador” (CEREZO MIR, José. *Op. cit.* p. 13).

tributo), situação que em relação ao crime comum apenas despertaria uma diminuição da pena.

Seção 2 – Princípio da adequação social.

Como a teoria da adequação social da conduta é uma construção teórica estruturada pelo alemão HANS WELZEL³⁵¹, procuraremos, para explicar o princípio, retratar fielmente a linha de raciocínio por ele desenvolvida. WELZEL³⁵², enfatizando a natureza histórica dos tipos penais, afirma que pode existir um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o âmbito do socialmente tolerado, isto é, pode ocorrer uma defasagem entre o que as normas proibitivas prevêm e o que se considera socialmente adequado. Assim, partindo da premissa de que os tipos penais excluam tacitamente os comportamentos socialmente adequados, sendo estes penalmente irrelevantes, chega-se à conclusão de que a conduta corrente e costumeira no meio social não pode ser considerada criminosa. Na correta síntese de MIR PUIG: “Este é um ponto de partida que deve ser adotado para um Direito penal democrático, que evite dentro do possível a contradição entre as valorações jurídicas e as da sociedade”³⁵³.

Vale lembrar, entretanto, que não se tratam de comportamentos exemplares ou modelares, mas de condutas que – no sentir do próprio WELZEL – “se mantêm dentro dos limites da liberdade de atuação social”³⁵⁴; enfim, como menciona ROXIN, são situações que abrangem “comportamentos socialmente suportáveis”³⁵⁵. Exemplifica-se comumente a adequação social da conduta com as hipóteses de “lesões desportivas”. Desse modo, um corriqueiro pontapé durante um jogo de futebol ou até mesmo uma lesão advinda de um golpe desferido por

³⁵¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. da versão espanhola por Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 58-61.

³⁵² WELZEL, Hans. *Ibid.* p. 58.

³⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 569.

³⁵⁴ WELZEL, Hans. *Op. cit.* p. 60.

³⁵⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 47.

um boxeador não configurariam materialmente o tipo de lesões corporais (art. 129/CP), por mais que o preenchessem do ponto de vista formal. Arrancando do mesmo fundamento, não poderíamos falar de uma efetiva subsunção material ao tipo de estelionato (art. 171/CP) daquela já banalizada conduta de ponderação excessiva na propaganda de um produto. Por fim, e pela mesma razão, não cogitaríamos da existência material do crime de injúria (art. 140/CP) naquela costumeira brincadeira carnavalesca em que os foliões, infantilmente, trocam pequenos jatos de “espuma”.

Pode-se dizer, no entanto, que o calcanhar-de-aquiles do princípio da adequação social da conduta seja o correto entendimento quanto à sua natureza jurídica. A questão acerca de sua natureza jurídica sempre foi tormentosa. Isto porque para WELZEL, que o concebia como um princípio geral de interpretação que acondicionava historicamente os tipos penais, uma conduta não será sequer considerada criminosa se estivesse de acordo com a ordem social historicamente condicionada³⁵⁶. Não obstante, como ressaltou JESCHECK³⁵⁷, assim concebida, a adequação social da conduta converter-se-ia num princípio sempre vago, inseguro e relativo, vez que por esta teoria – nos dizeres de ZAFFARONI³⁵⁸ – “a questão sai diretamente do plano normativo para um plano ético material, que pode ser perigoso, particularmente pela amplitude da remissão”. Daí que uma boa parcela da doutrina impiedosamente o despreza e o desdenha, achando-o totalmente desnecessário e descartável, já que bastariam os meios habitualmente utilizados no processo de interpretação para se atingir os mesmíssimos resultados³⁵⁹. Diante deste quadro idiossincrático cremos que o princípio da adequação social pode servir como um seguro critério de orientação ao legislador, atuando em dois sentidos propulsores: a) indicando a não incriminação daquelas condutas que se

³⁵⁶ “A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito ‘normal’ da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal” (WELZEL, Hans. *Op. cit.* p. 60).

³⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 228.

³⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 563.

³⁵⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001. p. 20.

mostrarem socialmente toleráveis (diretriz totalmente desconsiderada por ocasião da criminalização do assédio sexual pela Lei nº 10.224/01); b) sugestionando a revogação daquelas normas incriminadoras que se encontram em desuso (v.g., manutenção das casas de prostituição – art. 229/CP; jogo do bicho – art. 58/LCP), já que – como vimos anteriormente – não se pode outorgar ao costume uma função derogatória.

Seção 3 – Princípio da insignificância.

Já vimos que o bem jurídico constitui o ponto de partida do tipo. É a idéia de bem jurídico, enquanto valor ideal da ordem social, que governa a formação do tipo³⁶⁰. E é em decorrência desta anteposição do bem jurídico à norma - e, conseqüentemente, ao tipo -, que não estaremos autorizados a falar de uma conduta criminosa nas hipóteses em que este bem jurídico não chegar a ser seriamente lesado³⁶¹. Tendo-se em vista que o legislador apenas prestou menção aos danos de significativa importância ao bem jurídico, de real relevância do ponto de vista valorativo, não se preocupando com prejuízos de mínima entidade, conclui-se que uma conduta não será considerada criminosa se afetar de forma muito ínfima a um bem jurídico-penal. O lema do princípio da insignificância, circunscrito teoricamente pelo alemão CLAUS ROXIN³⁶² enquanto uma regra que funciona complementarmente à adequação social da conduta, é o de que o Direito Penal não deve ocupar-se de fatos lesivos insignificantes ou, se preferirmos, de “delitos de bagatela”.

O princípio da insignificância é um corolário lógico do caráter fragmentário do Direito Penal, realçada que está a primeira parte da equação da fragmentariedade (“o Direito Penal só deve sancionar aquelas condutas mais

³⁶⁰ “Ponto de partida e pensamento reitor da formação do tipo é o bem jurídico. Os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos quais o Direito Penal outorga a sua proteção. (...) O tipo arranca, assim, da norma, e a norma, do bem jurídico” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.* p. 231).

³⁶¹ “São condutas de pouco ou escasso significado lesivo, de forma que tem aplicação, nesses casos, o princípio da insignificância porque, na realidade, o bem jurídico não chegou a ser, seriamente, ofendido” (FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 1. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 46).

³⁶² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 47-8.

graves contra os bens jurídicos igualmente mais importantes”). Equivale dizer, a insignificância de uma conduta deve ser mensurada tendo-se em vista a intensidade da ofensa produzida ao bem jurídico, e não mediante a análise da importância do bem jurídico ofendido. De fato, só não se justificará a imposição de uma sanção criminal em consequência da prática de condutas de escassa gravidade ao bem jurídico penalmente tutelado, resgatando-se, com isso, o apótema romano de que *de minimis non curat praetor*.

Enfim, este princípio abarca situações em que a conduta não preenche materialmente o tipo, muito embora formalmente a ele se justaponha. Exemplos a granel: rasgar uma folha do caderno escolar do colega que se senta ao lado na sala de aula não pode configurar o crime de dano (art. 163/CP); extrair um fio de cabelo do namorado durante uma sessão de cinema não pode caracterizar o crime de lesões corporais (art. 129/CP); subtrair um cigarro do maço do colega de faculdade na cantina não pode perfazer o tipo de furto (art. 155/CP); o motorista de ônibus coletivo que “salta” uma parada a contragosto do usuário não pode ser reputado como autor de um crime de constrangimento ilegal (art. 146/CP)³⁶³; o oferecimento de pequenos brindes e módicos presentes aos funcionários do serviço de coleta de lixo por ocasião das festas de fim-de-ano não pode configurar o crime de corrupção ativa (art. 333/CP), e assim por diante. Aliás, talvez seja oportuno, até mesmo para render uma homenagem a uma usual metodologia empregada pelo principal cultor do princípio da insignificância, trabalhar sua criteriosa aplicação dentro de alguns “grupos de casos”. Para operacionalizar este propósito pinçamos aleatoriamente quatro espécies de delitos que comportam, dependendo das circunstâncias – é claro –, a sua aplicação: furto, lesão corporal, descaminho e porte de substância entorpecente para uso próprio.

Em relação ao furto (art. 155/CP) deve-se proceder a um dimensionamento da lesão patrimonial de acordo com a efetiva repercussão do fato no âmbito da vida daquela específica vítima do delito. Assim, por exemplo, se a vítima – em algum momento do seu interrogatório - afirmar que “perdeu alguns trocados”, abre-se uma brecha para a aplicação do princípio da insignificância. Os Tribunais já reconheceram esta possibilidade na subtração pelo agente de uma cédula de

³⁶³ Este exemplo é de JUAN CARLOS CARBONELL MATEU. *Apud* FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.* p. 15.

R\$ 1,00 (um real) e de um boné usado, bem como na subtração de uma melancia ou até mesmo de um singelo pedaço de queijo numa feira livre. Todavia, não se aplicaria o princípio da insignificância quando os bens subtraídos são de uso cotidiano por parte da vítima, como no caso em que vítima idosa, comerciante de poncãs, viu a quase totalidade de seu rendimento diário ser subtraída pelo autor do fato. Saliente-se que, no tocante ao crime de roubo (art. 157/CP), o STJ tem entendido que face às elementares “violência” ou “grave ameaça” não há que se falar em possível aplicação do princípio da insignificância – muito embora recente tradução de ROXIN em português nos mostre esta possibilidade³⁶⁴, sobretudo se tivermos em mente que, devido à caracterização do roubo enquanto crime complexo, em se reconhecendo a insignificância da subtração, permita-se punir o autor do fato subsidiariamente apenas pelo delito consistente na violência ou grave ameaça.

No que se refere ao crime de lesões corporais (art. 129/CP) aplica-se o princípio da insignificância se não houver relevância lesiva nas escoriações produzidas na vítima. Destarte, levíssimos arranhões oriundos de brigas conjugais (que, às vezes, estimulam a libido), assim como pequenas equimoses decorrentes de acidentes de trânsito não preenchem materialmente o tipo do art. 129/CP. Da mesma forma, e com uma fina dose de ironia, o Min. CERNICCHIARO entende que não há o crime em tela na conduta da manicure que, ao cortar a cutícula, fere a mão da cliente (tirando-lhe o “bife”); bem como, dentro desse mesmo salão de beleza, não haveria delito de lesão corporal na conduta da cabeleireira que, ao secar o cabelo de sua cliente, queimasse-o superficialmente³⁶⁵.

Gracejos à parte, na hipótese do delito de descaminho (art. 334/CP), materializado no ato de importar ou exportar mercadoria permitida mediante evasão fiscal, também se aplica o princípio da insignificância se não houver lesão de certa expressão para o fisco. Aqui, a relevância penal deve ser tomada em relação ao valor dos tributos incidentes sobre as mercadorias apreendidas. Atualizando o entendimento do STJ de que não haverá delito se o valor dos

³⁶⁴ “Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade” (ROXIN, Claus. *Op. cit.* p. 48).

³⁶⁵ RT 718/488.

tributos incidentes sobre as mercadorias apreendidas for inferior ao valor mínimo exigido para a propositura da ação de execução fiscal (em atenção mesmo ao princípio da subsidiariedade, caráter de *ultima ratio* do Direito Penal), tem-se que este valor deve ser inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para se autorizar a aplicação do princípio da insignificância ao caso, permitindo-se, com isso, a exclusão da tipicidade material da conduta.

Em derradeiro, quanto ao porte de substância entorpecente para uso próprio (art. 16, da Lei 6.368/76), deve-se admitir a aplicação do princípio da insignificância se a quantidade de “droga” apreendida não tiver nenhuma repercussão lesiva. O STJ assim decidiu num caso em que foi apreendida 0,25 g. de maconha, entendimento este que se vê reforçado, sobretudo, pelo argumento de que o composto químico realmente estupefaciente da maconha (o THC) representa algo em torno de 10% do produto final. Entretanto, setores mais conservadores dos Tribunais Superiores (talvez até mesmo receosos de se verem enredados num grande escândalo público) têm refutado este entendimento, sob o argumento meramente pragmático e utilitarista de que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio grande quantidade de tóxicos. Além disso, estes mesmos setores, aliando-se (in) conscientemente aos obscuros interesses político-econômicos desta questionável “guerra contra as drogas”, têm defendido que se trata de um crime de perigo abstrato, não se admitindo como possível, enquanto resultado dessa modulação, a aplicação do princípio da insignificância.

De todo modo, nestas hipóteses, bem como nas demais em que se evidenciar a compatibilidade da aplicação do princípio da insignificância, o Delegado de Polícia não deve sequer instaurar inquérito policial (já que, enquanto presidente do mesmo, cabe-lhe recolher dados para a elucidação da autoria e da materialidade dos fatos típicos, e os delitos de bagatela – já dissemos - são considerados fatos materialmente atípicos). De igual sorte, o Promotor de Justiça não deve oferecer denúncia pelo fato penalmente insignificante (vez que não há justa causa que dê suporte à ação penal); pela mesma razão, o Juiz de Direito não deve recebê-la ou, se já a tiver recebido, deve, no momento de prolatar a sentença, absolver o réu. Adicione-se, ainda, que o advogado dispõe do *habeas*

corpus para trancar o andamento do inquérito policial ou da própria ação penal instaurados em virtude da prática de um delito de bagatela.

Seção 4 – Princípio da responsabilidade penal subjetiva.

Tradicionalmente, por influência do sistema clássico de delito (causal-naturalista) e seu correlato critério “injusto objetivo/culpabilidade subjetiva”, essa questão era abordada dentro da própria estrutura da culpabilidade, vez que esta categoria era concebida como sendo uma mera ligação psicológica existente entre o autor e o seu fato. “Dolo” ou “culpa” – enquanto requisitos imprescindíveis à responsabilização penal – integravam e estruturavam por completo a própria culpabilidade. Esta influência foi tão marcante que, até hoje, alguns autores ainda vinculam esta idéia ao princípio da culpabilidade, trabalhando-a como um terceiro sentido do conceito de culpabilidade, como veremos logo em seguir.

Entretanto, vemos com reservas este último posicionamento. Metodologicamente, quando passamos a manejar um sistema finalista de delito, deslocamos esta exigência de que o agente tenha obrado com “dolo” ou “culpa” para o centro do injusto penal (o injusto passa a ser pessoal), sendo, portanto, hoje, objeto de análise por ocasião da investigação acerca da tipicidade de uma conduta humana. Daí esta questão merecer um tratamento isolado do princípio da culpabilidade, dentro de uma nova proposta de categorização científica e sob uma outra denominação: princípio da responsabilidade penal subjetiva.

Antes de maiores considerações acerca deste princípio, vamos estabelecer a seguinte linha de raciocínio: nós temos uma responsabilidade pelo fato individual, e não uma responsabilidade pelo autor, pois – como já vimos anteriormente - o que se reprova ao homem é a sua ação, e não a sua personalidade; pune-se o sujeito pelo que ele faz e não pelo que ele é. Mas, além disso, deve-se frisar que nós temos um Direito Penal que diz respeito a fatos próprios, abortando a existência de uma possível “responsabilidade pelo fato de outrem”. Em Direito Penal responde-se sempre por fatos próprios (seja como autor, seja como partícipe), não existindo em nosso setor jurídico qualquer brecha

para o aparecimento de uma responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva³⁶⁶. A responsabilidade penal é sempre pessoal.

Com isso quer-se afirmar que, por exemplo, um filho não deve responder pelo delito praticado pelo pai, da mesma forma que um pai não deve fazê-lo por um delito realizado pelo filho. Não podemos pensar que este princípio é desconsiderado na hipótese em que o pai entrega ao filho as chaves para a condução de veículo automotor sem este filho estar devidamente habilitado, pois quem pratica o crime do art. 309/CTB (ou, se menor de idade for, o ato infracional) é unicamente o filho. Se comprovado o dolo do pai, ele responderá pelo delito previsto no art. 310/CTB – entrega de direção de veículo automotor à pessoa inidônea. É exatamente por essa mesma razão que se tem entendido que a simples condição de sócio não pode gerar para o sujeito a condição de “autor” ou “partícipe” de um crime societário.

Pois bem, mas não são todos os fatos próprios que são punidos pelo Direito Penal, exigindo-se para a punição do agente que ele tenha obrado com “dolo” ou “culpa”. Assim que alguém só pode ser castigado penalmente pelas conseqüências desejadas ou, na pior das hipóteses, pelas conseqüências previsíveis de seu próprio fato. Além de ser pessoal, a responsabilidade penal é sempre subjetiva, na medida em que só será penalmente responsabilizado o agente que tiver a consciência e vontade de concretizar o resultado típico (dolo direto) – ou, alternativamente, assumir o risco de produzi-lo (dolo eventual) – assim como aquele que involuntariamente produzir um resultado lesivo, objetivamente previsível, devido a uma falta de dever de cuidado (culpa em sentido estrito).

Esta exigência de que o fato criminoso deva pertencer ao próprio “eu” do autor, podendo ser-lhe atribuído somente se existir um certo vínculo espiritual (responsabilidade penal subjetiva), é resultante de um lento processo de eticização da responsabilidade penal³⁶⁷. Com isso, repudia-se em Direito Penal

³⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 104.

³⁶⁷ “Este princípio pode apoiar-se, de pronto, na necessidade de que o fato punível pertença a seu autor não somente material e subjetivamente, mas também como produto de uma ‘racionalidade normal’ que permita vê-lo como obra de um ser suficientemente responsável. (...) De outro modo, em termos de HEGEL, a pena não honraria o homem

qualquer forma de manifestação da responsabilidade penal objetiva, mediante a qual ao agente é imposta a sanção penal apenas porque foi ele o causador material do resultado. Essa espécie de responsabilidade, largamente utilizada no Direito Germânico, deriva-se de uma máxima que fielmente a retrata – “o fato julga o homem”. Se houver um simples vínculo físico entre o agente e o fato, seguir-se-á imediata e inquestionavelmente a sua responsabilidade penal, fazendo com que o homem seja rebaixado à condição de “coisa causante”³⁶⁸.

Aliás, NILO BATISTA³⁶⁹ inicia a sua abordagem do “princípio da culpabilidade” oferecendo um interessante exemplo de responsabilidade objetiva pela simples produção material do resultado: de acordo com o Código de Hammurabi (Rei da Babilônia) se um pedreiro não fortificasse a casa no momento de sua construção e esta ruísse sobre o morador, matando-o, devia-se matar o pedreiro; agora, se esta mesma casa sucumbisse, suprimindo a vida do morador bem como a de seu filho, tanto o pedreiro quanto o filho do pedreiro deveriam ser mortos. Como observa o autor, de nada adiantaria ao pedreiro tentar provar a superveniência de um acontecimento natural ou a sua estrita obediência às normas de construção, circunstâncias que – dentro de um julgamento modernizado – excluir-lhe-iam a responsabilidade penal. Mas, por incrível que pareça, em nossa realidade também nos deparamos com tentativas atabalhoadas de se resgatar a idéia da responsabilidade objetiva, tais como: punir o gerente da empresa pela morte do vigilante que, após desequilibrar-se, cai de uma viga; punir o motorista que, em excesso de velocidade numa rodovia, colhe e mata um bêbado que surge inesperadamente à sua frente; etc.

Assim sendo, reitere-se: não basta a mera comprovação do liame objetivo existente entre o autor e o fato para que se veja afirmada a sua responsabilidade penal, exigindo-se para tal juízo que as conseqüências tenham sido desejadas ou previsíveis pelo autor do fato. Sem “dolo” ou “culpa” não há como responsabilizar alguém penalmente. Em síntese: veda-se terminantemente a responsabilidade

como ser racional” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 107; 109).

³⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 245.

³⁶⁹ BATISTA, Nilo. *Op. cit.* p. 102.

penal por meros acontecimentos naturais ou por fatos objetivamente imprevisíveis. E o fundamento desta exigência é razoável: onde falta o domínio da vontade humana a norma penal é inteiramente inútil, ou seja, não há que se falar em eficácia preventiva geral e idoneidade de motivação no que se refere aos inevitáveis acontecimentos naturais e em relação aos fatos imprevisíveis³⁷⁰.

Seção 5 – O princípio da culpabilidade.

Em Direito Penal atribui-se um triplo sentido ao conceito de culpabilidade³⁷¹: (a) como fundamento da pena, vale dizer, a culpabilidade é enfocada enquanto um dos pressupostos necessários à imposição da pena; (b) como limite da pena, funcionando desta vez como um fator de medição judicial da pena a ser aplicada em concreto e; por fim, (c) como vedação à responsabilidade penal objetiva pela simples produção material do resultado, não admitindo a responsabilização penal de alguém por fatos absolutamente imprevisíveis e inevitáveis, exigindo, portanto, que o autor do fato tenha obrado com “dolo” ou com “culpa”. Excluído que está do objeto deste princípio este último sentido em razão das digressões desenvolvidas por ocasião da análise do princípio da responsabilidade penal subjetiva, resta-nos, aqui, abordar residualmente os dois primeiros sentidos.

Se olharmos a culpabilidade como “fundamento da pena”, chegaremos à conclusão de que não podemos falar em conduta criminosa e, por conseguinte, de imposição de pena se a conduta típica e antijurídica não for censurável ao seu autor. Neste primeiro sentido, a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre o autor de um injusto penal por ter ele obrado contra o Direito quando, nas circunstâncias peculiares de seu atuar, era-lhe perfeitamente exigível a realização

³⁷⁰ É este o ensinamento de DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA: “O fundamento é novamente que as sanções penais somente podem ser necessárias, eficazes e idôneas (com todas as conotações político-constitucionais destes princípios) para a prevenção de fatos pessoais ou de descumprimento da responsabilidade pessoal em relação a fatos alheios, mas seriam absolutamente inidôneas e sem sentido para determinar aos cidadãos em relação a fatos alheios ou a acontecimentos naturais em cuja realização ou evitação não influíram nem puderam influir” (*Apud* FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.* p. 10).

³⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 102-103; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 44-45.

de um comportamento alternativo, qual seja, adequado ao ordenamento jurídico. É o juízo de censura endereçado ao agente do ilícito penal pelo fato deste ter optado pelo injusto quando, no caso concreto, podia ter optado pelo acatamento à norma. Esta concepção tem por base a idéia de que o homem é um ente plenamente capaz de autodeterminação, isto é, o homem é visto como um ser apto a livremente orientar a sua conduta (a pedra-de-toque, aqui, é o livre-arbítrio) e, em consequência dessa possibilidade, fazer-se totalmente responsável pelas consequências de seu agir³⁷². Dentro desta construção conceitual o fundamento material do conceito de culpabilidade é o poder-agir-de-outro-modo, já que se reconhece ao homem total liberdade e autonomia para eleger a conduta entre as possibilidades que se lhe afiguram. Trata-se, à evidência, de um vestígio teórico do classicismo penal, que procurava fundamentar a responsabilidade penal na responsabilidade moral derivada do livre-arbítrio.

A despeito das críticas que poderíamos endereçar ao fundamento material do conceito de culpabilidade – investigação já desenvolvida em trabalho riquíssimo de CIRINO DOS SANTOS³⁷³ –, vale registrar que este primeiro sentido do conceito de culpabilidade vem sendo desprestigiado pelas recentes alterações produzidas em nosso ordenamento processual, visto que – sobretudo a partir da edição da Lei nº 9.099/95 – deflagrou-se um insidioso processo de desformalização do processo penal. A previsão da possibilidade de “transação penal” entre o representante do Ministério Público e o autuado, além de violar o princípio da igualdade – já que não há uma relação de efetivo equilíbrio entre as partes, por existir nestes atos processuais uma coação dissimulada do autuado – viola também o princípio da culpabilidade. Isto porque a transação penal impede que exista o oferecimento da denúncia e a consequente investigação acerca da “culpa” do autuado no fato concreto. Ora, a partir do momento em que se abstrai o fato do agente ser ou não verdadeiramente responsável pela prática da infração,

³⁷² “A pena pressupõe culpabilidade. Culpabilidade é reprovabilidade. Com o juízo de desvalor da culpabilidade se reprova o autor que não se comportou em conformidade ao Direito e optou pelo injusto, em que pese pudesse ter se comportado de acordo com o Direito e ter optado por este” (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.* p. 19-20).

³⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 15/16, p. 51-64, jul./dez. 1974.

havendo a assunção da culpa pelo autuado, propiciando também a substituição da “verdade material” por uma “verdade consensual” obtida pela via da barganha, rompe-se visceralmente com a idéia de “culpa moral” enquanto fundamento da responsabilidade penal³⁷⁴.

No segundo sentido a culpabilidade é entrevista como “limite da pena”, sugerindo que o julgador, ao impor a sanção penal pelo cometimento do ilícito penal, mensure-a de acordo com a culpabilidade demonstrada pelo autor no fato concreto. É a idéia de que deva existir uma ponderação (proporção) entre a pena aplicada e a culpabilidade do agente, não podendo aquela ultrapassar esta, tanto que o próprio art. 59/CP consagra expressamente a “culpabilidade” como uma das circunstâncias judiciais a serem sopesadas pelo julgador no momento da fixação da pena-base (primeira fase do procedimento trifásico de aplicação da pena). Portanto, diz respeito ao conjunto dos elementos que apresentam relevância para se estipular a magnitude da pena, resguardando o indivíduo frente ao abuso da sanção punitiva, sendo – em última análise – uma questão da teoria da medição judicial da pena.

Uma elaboração teórica muito interessante de ser trabalhada dentro deste segundo sentido do conceito de culpabilidade é a chamada “co-culpabilidade”. Esta teoria, formulada por ZAFFARONI³⁷⁵ (certamente o penalista latino-americano que melhor conjuga o discurso criminológico com o discurso dogmático), parte da seguinte premissa: a sociedade não brinda a todos os homens com as mesmas possibilidades; vale dizer, a uma significativa parcela da sociedade foram negados pelo Estado os direitos sociais imprescindíveis ao seu pleno desenvolvimento. Em via de consequência, existem sujeitos que possuem um menor âmbito de autodeterminação em relação aos demais membros da sociedade; enfim, há uma distribuição desigual das cotas de liberdade, condicionada por causas sociais. Entende-se, então que, diante de ilícitos penais cometidos por estes sujeitos, a sociedade deve arcar com parte da culpabilidade pelo fato; daí se chamar “co-culpabilidade”, pois, como desejava ERNST BLOCH,

³⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 8; 12-13.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 610-611.

“faz sentar no banco dos réus, ao lado mesmo dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”³⁷⁶.

A rigor, esta construção, ao focar a experiência social concreta dos réus, procura debilitar a culpabilidade daqueles que não tiveram acesso às “prestações sociais positivas” que, se ofertadas fossem, certamente lhes garantiriam uma maior dignidade e uma cidadania mais plena³⁷⁷. A “co-culpabilidade” é resultante, pois, de um enfoque material do princípio da isonomia, já que por esta lente – a de CIRINO DOS SANTOS por sinal – “o direito realmente igual é o que considera desigualmente indivíduos concretamente desiguais”³⁷⁸. ANATOLE FRANCE já indicava que o grande problema da lei é o de que ela pune com a mesma severidade o furto de um pão praticado por um mendigo e o furto desse mesmo pão perpetrado por um milionário³⁷⁹. Robustece-se, por essa via, uma ácida crítica que JEAN-PAUL MARAT havia empreendido contra a teoria do contrato social: no ato de alienação dos direitos em favor do Estado os homens esperam conseguir certas vantagens; se, todavia, parte dos homens só obtém desvantagens com esta cessão, retornam esses homens ao estado de natureza, podendo os mesmos – por conta desse retorno – recobrar pela força todos os direitos já depositados em salvação pública³⁸⁰.

³⁷⁶ *Apud* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 105.

³⁷⁷ “Do infrator, ao qual foram negados pelo Estado, os direitos sociais necessários ao seu pleno desenvolvimento (artigo 6º da Constituição Federal), não se pode exigir uma responsabilidade (culpabilidade) nos moldes da comumente exigível daqueles infratores sócio-financeiramente bem situados, safos da carência resultante do não gozo dos direitos sociais. (...) Destarte, falhando as prestações positivas estatais, prometidas constitucionalmente, e que vão possibilitar a igualdade real de todos os membros da sociedade – igualmente, esta, que, por sua vez, vai proporcionar as condições compatíveis para o exercício da liberdade efetiva – debilita-se a culpabilidade daqueles que tiveram negadas as referidas prestações estatais” (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1992. p. 72).

³⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 219.

³⁷⁹ “Em sua igualdade majestática a lei proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir embaixo das pontes, esmolar nas ruas e furtar pão, e nela vale também para o direito penal a palavra amarga: ‘Deixais ao pobre tornar-se culpado, em seguida o entregais à dor!’” (*Apud* RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. p. 107-108).

³⁸⁰ *Apud* ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 268-269.

Em nosso ordenamento jurídico-penal esta tese – uma vez acolhida – deve funcionar como uma atenuante genérica inominada (art. 66/CP), podendo, portanto, abrandar a censura penal que se endereça ao autor de uma infração penal. Recentemente, o Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro GERALDO PRADO acolheu esta tese num caso de roubo duplamente qualificado no qual um dos agentes, quando menor de idade, tinha sido diversas vezes internado nos educandários estatais sem obter a prometida re-educação³⁸¹. De toda forma, ressalte-se: se configurada a situação concreta como verdadeira hipótese de “conflito de deveres”, cremos ser sensata uma alteração da postura do intérprete em relação ao fato, admitindo-se, inclusive, a própria exclusão da culpabilidade, como deixou entrever CIRINO DOS SANTOS em um dos trechos mais inspirados de nossa doutrina: “Situações de *conflito de deveres* ainda mais relevantes são comuns no contexto de *condições sociais adversas* – a máxima negação da *normalidade da situação de fato* pressuposta no *juízo de exigibilidade* -, nas quais trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho, especialmente por efeito de políticas econômicas recessivas das áreas periféricas, impostas pelos interesses hegemônicos da globalização do capital, são constrangidos a *romper vínculos normativos comunitários* (ou seja, deveres jurídicos de omissão de ações proibidas) para preservar *valores concretamente superiores* (por exemplo, o dever jurídico de garantir a vida, saúde, moradia, alimentação e escolarização dos filhos), como indicam estatísticas crescentes de crimes patrimoniais cometidos por ex-empregados da indústria, do comércio e da agricultura, para impedir a desintegração da família, a prostituição das filhas e a pivetização dos filhos, depois de anos de frustradas tentativas de reinserção no mercado de trabalho, sob a tortura da fome, da doença, da insegurança, da angústia, do desespero³⁸².”

³⁸¹ A sentença está disponível no site: www.direitosfundamentais.com.br.

³⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Ed. Fórum, 2004.

Capítulo 10 – PRINCÍPIOS PENAIS REFERENTES À SANÇÃO PENAL.

Seção 1 – Princípio da individualização da pena.

De início, cumpre esclarecer que o termo “individualização” remonta necessariamente à noção de “indivíduo”, tomada enquanto representação de um ser isolado dos demais de sua espécie, simbolizando aquela criatura que se autonomiza das outras justamente por apresentar características singulares. Para efeitos penais não nos distanciaremos desta mesma compreensão, enfocando-se a “individualização” como um princípio que orienta a consideração daquele homem determinado (autor ou partícipe do fato punível especificamente particularizado) no momento da fixação da pena. Individualização da pena significa, assim, a necessária referência que se deve tomar em relação “àquele” sujeito ativo da infração penal.

E este processo de individualização deve verificar-se em três momentos distintos: “legislativo”, “judicial” e “administrativo”. No momento legislativo (abstrato) manifesta-se a individualização mediante a seleção dos fatos puníveis e a cominação das sanções respectivas, significando, esta última, uma seleção qualitativa e quantitativa da consequência jurídica da infração. Num segundo momento (judicial) dá-se a concretização da dimensão legislativa, uma vez que o juiz – considerando “aquela” conduta humana “daquele” autor ou partícipe do fato punível – aplicará a pena de acordo com a sua cominação legal (tanto no que se

refere à espécie como em relação à quantidade), fixando, ainda, a forma de sua execução. Por fim, no momento administrativo, vivenciamos a execução da pena judicialmente aplicada, etapa esta que, por estar fincada no “mérito do condenado”, também toma em consideração o princípio da individualização, cerrando todo este processo.

O princípio da individualização da pena é um postulado adotado expressamente pelo legislador constituinte (art. 5º/CF, inciso XLVI). No entanto, não raras vezes nos deparamos com violações frontais a tal princípio. Um destes atentados é proporcionado pela redação do art. 9º, da Lei nº 8.072/90, que prevê como obrigatório um aumento em sua metade do mínimo da pena abstratamente cominada nas hipóteses de crimes hediondos praticados contra vítimas que não sejam maiores de 14 (quatorze) anos. Esta solução legal merece uma impávida reflexão: se o crime de latrocínio – que está inserto no rol de crimes hediondos – possui um mínimo legal de 20 (vinte) anos (art. 157/CP, § 3º, *in fine*), e se o máximo da pena privativa de liberdade cominada – observando-se o limite legal - é de 30 (trinta) anos (art. 157/CP, § 3º, *in fine* c.c. art. 75/CP), como poderemos reconhecer a “individualização da pena” diante de um crime de latrocínio em que a vítima não seja maior de 14 (quatorze) anos? Ora, um simples cálculo matemático nos evidencia que, nesta situação, o mínimo e o máximo estão legalmente equiparados em 30 (trinta) anos. De que forma poderá o juiz individualizar a pena ao autor concreto do fato? Este mesmo fenômeno – e, desta feita, com uma dose ainda maior de irracionalismo – pode ser vislumbrado defronte a um crime de extorsão mediante seqüestro com resultado morte em que a vítima não seja maior de 14 (quatorze) anos de idade. A pena mínima, que está legalmente demarcada em 24 (vinte e quatro) anos – cf. art. 159/CP, § 3º, saltaria para 36 (trinta e seis) anos, resultando tudo isso em acintosa idiosincrasia, já que o mínimo superaria o máximo em 6 (seis) anos.

Outro atentado ao princípio da individualização da pena pode ser entrevisto na mesma Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), em seu art. 2º, § 1º, que prescreve a necessidade do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a autor de crime hediondo integralmente em regime fechado, não se admitindo aqui, por via de consequência, a possibilidade de progressão de regime. Ora, a

inconstitucionalidade deste dispositivo parece-me ardente, até mesmo porque, originariamente, quando o legislador constituinte cuidou da figura dos crimes hediondos (art. 5º/CF, inciso XLIII), indicando-lhes a necessidade de uma regulamentação específica, não prestou menção a esta impossibilidade de progressão de regime, estando, portanto, constitucionalmente admitidas apenas as restrições em relação aos direitos de fiança, graça ou anistia. É acertado, pois, o entendimento consistente na argumentação de que uma lei ordinária não pode impor um regime de cumprimento de pena único e inflexível, desconsiderando por completo todos os dados objetivos e subjetivos do delito.

Seção 2 – Princípio da personalidade da pena.

Na análise que empreendemos no tocante ao “princípio da responsabilidade penal subjetiva” vimos que, em Direito Penal, não se responde por fatos alheios (em nossa área não há a menor possibilidade de admitirmos a “responsabilidade pelo fato de *outrem*”), consideração que nos permitiu chegar à conclusão de que a responsabilidade penal é sempre pessoal. Em decorrência, extraímos a necessidade de se afirmar que a pena (sanção) esteja circunscrita ao sujeito ativo da infração penal, não se tolerando que suplante a pessoa do delinqüente.

Este é o cerne do princípio da personalidade ou intranscendência da pena, assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLV: a sanção penal só pode ser aplicada ou executada contra o autor ou partícipe do fato punível, não podendo deles transcender³⁸³. Como percebe ZAFFARONI: “A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda consequência da pena que afete a terceiros”³⁸⁴. Nesse diapasão, não é à toa que a morte do agente está elencada enquanto causa de extinção da punibilidade do fato pelo art. 107/CP, inciso I.

³⁸³ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 65.

³⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 176-177.

Este princípio procura combater prevalentemente a “infâmia do réu” que pode alcançar os familiares do condenado. Logo, desempenha uma relevante função dentro de um Estado Democrático de Direito: evitar que o crime se espalhe como uma nódoa justamente entre aqueles que, embora pessoalmente próximos do sujeito ativo da infração penal, não tenham nenhuma espécie de vinculação com o fato em si. Muito embora, hoje, visto estar a sua noção solidificada no senso teórico comum, possa parecer tolice pugnar pela “intranscendência da pena” (e veremos que não o é); outrora, esta declaração mostrou ser decisiva e fundamental, bastando resgatar as conseqüências do episódio envolvendo Tiradentes – cujos descendentes próximos jamais puderam exercer alguns cargos públicos e certas atividades - para demonstrar tal fato³⁸⁵.

Quanto à subsequente ressalva constitucional que afirma ser extensível aos sucessores do condenado a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, deve-se, em primeiro lugar, salientar que o objeto da extensão reduz-se aos efeitos civis da sentença penal, e não propriamente ao principal efeito penal da mesma (a pena). Em sendo assim, não há que se falar no pagamento da pena de multa por parte dos sucessores do condenado. Ademais, estes efeitos civis da sentença penal não atingirão os familiares do condenado, posto que os sucessores responderão por eles apenas até onde suportarem as “forças da herança”, consignado que está no texto constitucional o respeito ao valor do patrimônio original. De nenhum modo, portanto, aquela ressalva posterior fere o princípio da personalidade ou intranscendência da pena.

Isto não quer dizer que este princípio não sofra violações práticas de todas as ordens. Com efeito, se nos ativermos à “pena de multa” perceberemos que se trata de uma pena flagrantemente impessoal, já que qualquer um – até mesmo um dos familiares – pode pagá-la. É também pelo fato de poder ser saldada por terceiros que presenciamos, na área dos delitos econômicos, uma recorrente utilização da figura do “laranja”. Todavia, o desrespeito à “intranscendência da pena” não se esgota aqui. Habitualmente, como espécie de violação a tal princípio

³⁸⁵ “Esse é um princípio que, no estado atual de nossa ciência, não requer maiores considerações, mas o mesmo não aconteceu em outros tempos, em que a infâmia do réu passava a seus parentes, o que era comum nos delitos contra o soberano” (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Ibid.* p. 177).

elencase o fenômeno da “transferência da pena”³⁸⁶, que retrataria e abrangeria todos os efeitos nocivos provocados aos familiares do condenado devido ao seu encarceramento. A perda de renda da família, a estigmatização dos familiares e a submissão das companheiras a revistas vexatórias seriam inevitáveis desdobramentos advindos da execução da pena que, por alcançarem outras pessoas que não o condenado, aqui se enquadrariam.

Todavia, sob nenhuma hipótese podemos confundir a proibição constitucional de aplicação ou de execução da pena contra terceiros com os efeitos sócio-econômicos ocasionados sobre a família do condenado pelas sanções penais. Na visão de CIRINO DOS SANTOS estes efeitos seriam os mesmos em caso de desemprego ou morte do marido, não constituindo objeto do princípio da personalidade da pena³⁸⁷. Assim, a despeito de se enaltecer a sensibilidade desta interpretação, encampada por ZAFFARONI, que chega a reformular a denominação do princípio, preferindo chamá-lo de “princípio da transcendência mínima”³⁸⁸, tememos que este argumento - o de que o fenômeno da “transferência da pena” é comum nas sanções penais - sirva de supedâneo para um não-reconhecimento da violação a este mesmo princípio existente na previsão legal de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas. Ora, à evidência que os acionistas minoritários vencidos em assembléias gerais ou os sócios que não participaram da decisão são igualmente atingidos pela sanção penal aplicada à pessoa jurídica, fato que, desta vez com razão, materializa insidiosa afronta à Constituição Federal.

Seção 3 – Princípio da racionalidade da pena.

Desnecessário afirmar que, num Estado Democrático de Direito, está terminantemente proscrito o endereçamento de um tratamento cruel, vexatório,

³⁸⁶ HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1997. p. 62.

³⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

³⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 232.

desumano e degradante ao preso ou condenado. É dentro desse contexto que a Carta Magna expressamente proíbe a submissão do indivíduo à prática da tortura, assegurando-lhe, em conseqüência, um irretorquível respeito à sua integridade física e moral (art. 5º/CF, incisos III e XLIX). Logo, no que se refere à aplicação das sanções, o Estado não pode, de nenhum modo e sob nenhum argumento, violar a dignidade da pessoa humana (condenado), estando desautorizada qualquer forma de intervenção que lesione a sua constituição físico-psíquica. Este é o núcleo do “princípio da racionalidade ou da humanidade da pena”, adotado pelo Texto Maior em seu art. 5º, inciso XLVII. Determina-se, pois, como caldeia ZAFFARONI, a inconstitucionalidade de todas as sanções que criem deficiências físicas (amputação de membros, castração, esterilização de órgãos, etc.) ou conseqüências jurídicas (pena de morte, pena de reclusão perpétua, etc.) inapagáveis do delito³⁸⁹.

Este princípio de sede constitucional tem um fundamento sólido que, aliás, é o mesmo fundamento do Estado Democrático de Direito: a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º/CF, III). Destacando que o Estado e o Direito não devem ser visualizados como fins em si mesmos, mas, sim, focalizados enquanto instrumentos de realização e concretização da dignidade do homem, e ancorados na premissa de que o homem é o eixo central em torno do qual gravita um Estado destinado a todos – não se tolerando, portanto, o reconhecimento oficial da existência de “cidadãos de segunda ou terceira categoria” - é que chegaremos à conclusão de que a pena não pode desconhecer o condenado enquanto “pessoa humana”³⁹⁰. Dessa forma, exige-se, como sustenta MIR PUIG, um “respeito da dignidade de todo homem – também do delinqüente -, que se deve assegurar em um Estado para todos”³⁹¹.

Não é menos sensata a opinião de GARCEZ RAMOS: “Será necessário que o penalista e o profissional do Direito Penal compreendam que os maiores

³⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 177.

³⁹⁰ “Como veremos oportunamente com mais detalhe, a república pode ter homens submetidos à pena, ‘pagando suas culpas’, mas não pode ter ‘cidadãos de segunda’, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida” (ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Ibid.* p. 177-178).

³⁹¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990. p. 105.

violadores das leis penais são cidadãos e que precisam ver seus direitos e prerrogativas respeitados tanto quanto os outros cidadãos. É que a subtração de direitos e de bens jurídicos do condenado far-se-á apenas na medida do mal a ser retribuído. Quer dizer: se a sentença privou-o da liberdade de ir e vir, apenas ela ser-lhe-á negada, temporariamente³⁹². E assim deve ser porque, discursiva e racionalmente, o Direito Penal funciona apenas enquanto um meio de proteção aos bens jurídicos vitais e essenciais da vida comunitária, não devendo atuar, portanto, como um instrumento de legitimação e realização de vinganças. Estando a pena armada discursivamente sobre a idéia de “ressocialização do condenado”, impõe-se o reconhecimento de que o intuito de fazer sofrer o condenado é algo que deva se situar completamente à margem de sua finalidade.

Ninguém está, aqui, candidamente bradando por uma “pena doce”, até porque – como reconhece JESCHECK – “O Direito Penal não permite a sua equiparação com o Direito da assistência pública. Aquele serve em primeiro lugar à justiça distributiva e deve refletir a responsabilidade do autor pela infração jurídica, fazendo com que este conheça a merecida resposta que a comunidade lhe dá. Isto não pode ocorrer sem dano e sofrimento, particularmente no tocante à pena privativa de liberdade, a não ser que se queira inverter a hierarquia dos valores morais e tomar a infração como motivo de recompensa, o que conduziria ao reino da utopia³⁹³. O que postula, aqui, é a adoção de uma “pena racional”, já que é precisamente este conceito que repercute enquanto verdadeiro antônimo daquela pena cruel, vexatória e degradante³⁹⁴. Não pode a pena convolar o seu modo de execução em seu fim; enfim, não pode a pena, no sentir de NILO BATISTA, “exaurir-se num rito de expiação e opróbio, não pode ser uma coerção puramente negativa³⁹⁵”.

Nesse sentido – e intransigentes com a possibilidade de alçarmos o tema à debate, dada a inutilidade de uma discussão com essa raiz dentro de um Estado

³⁹² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Ed. Juruá, 1991. p. 51.

³⁹³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993. p. 23.

³⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.* p. 177.

³⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 100.

constitucional de direito - fica evidenciada que a adoção da pena de morte ou da pena de reclusão perpétua representa uma violação frontal ao “princípio da humanidade ou racionalidade da pena”. Como também significam uma ruptura com este princípio, e – por isso mesmo – devem ser ardorosamente combatidos, a implantação de um regime disciplinar diferenciado na execução penal e o acolhimento de proposta legislativa tendente a alterar o limite máximo da pena privativa de liberdade para 40 (quarenta) anos, até porque, neste último caso, a partir de uma confrontação entre a idade estipulada como necessária à imputabilidade penal – 18 (dezoito) anos – e a idade média de vida do brasileiro – 63 (sessenta e três) anos –, seremos obrigados a reconhecer que estamos diante de uma proposta disfarçada de adoção da pena de reclusão perpétua. Em suma, este princípio está fielmente retratado nas arrebatadoras palavras de GOETHE: “Se ele precisa punir, ou poupar; deve ver os homens humanamente”³⁹⁶.

Seção 4 – Princípio da proporcionalidade da pena.

O princípio da proporcionalidade da pena (proporcionalidade em “sentido estrito”) indica que sempre deve existir uma relação de justa ponderação entre a magnitude da pena e as magnitudes do injusto e da culpabilidade do autor. Recomenda-se, assim, que, tanto no momento da cominação abstrata das penas quanto no momento da aplicação judicial das penas, se estabeleça um juízo de equilíbrio entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, uma vez que o dimensionamento qualitativo e quantitativo desta deve corresponder fielmente aos dados objetivos e subjetivos daquele. Resumidamente, então, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade da pena condensa a idéia da “adequação da pena”, traduzindo-se – por conta desta expressão - no reflexo do princípio da isonomia aplicado ao Direito Penal, como expõe GARCEZ RAMOS³⁹⁷.

Ao destacarmos que a pena deve manter uma relação de equilíbrio com o fato tanto no estabelecimento das cominações legais – por ocasião da tipificação

³⁹⁶ *Apud* RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. p. 124.

³⁹⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Ed. Juruá, 1991. p. 8.

das condutas -, como em sua efetiva imposição judicial – por ocasião da aplicação das sanções -, dividindo-se, portanto, em dois momentos distintos e complementares (abstrato e concreto), deparamo-nos com a necessidade de firmar critérios que nos auxiliem na apuração desta proporcionalidade. Em relação a estes critérios, muito embora não haja nenhum critério formalmente assente, acreditamos ser correto o enfoque oferecido por MUÑOZ CONDE³⁹⁸, que, doutrinariamente, estipula dois destes critérios enquanto os principais: (a) importância do bem jurídico – daí decorrer a necessidade de se apenar os delitos contra a vida com maior rigor do que os delitos contra os demais bens jurídicos, p.ex; (b) forma de ataque ao bem jurídico – daí decorrer a necessidade de se castigar os delitos dolosos com maior severidade do que os delitos culposos, p.ex.

Todavia, em que pese existir este esforço doutrinário consistente na delimitação teórica dos critérios de balizamento à aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, este postulado vem sendo impiedosa e incansavelmente violado pelo nosso legislador. Como primeiro exemplo deste processo de dilaceração da proporcionalidade tomemos o crime de estupro (art. 213/CP) que, abstratamente, está apenado com o mesmo rigor com que está sancionado o crime subsequente, o atentado violento ao pudor (art. 214/CP) – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Aqui, identifica-se um problema porque enquanto o estupro está adstrito única e exclusivamente à conjunção carnal obtida mediante violência ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor – como fórmula genérica - volta-se para uma infinidade de atos libidinosos praticados com o mesmo meio de execução pelo autor, abrangendo desde um coito anal (que justificaria o mesmo apenamento) até um beijo lascivo (caso em que se evidenciaria a fragilidade desta equiparação sancionatória, proporcionada pela edição da Lei nº 8.072/90).

Esta mesma lei dos crimes hediondos oferece-nos um segundo exemplo, ainda mais aberrante, deste dismantelamento: um beijo lascivo com o consentimento da vítima não maior de 14 (quatorze) anos possui uma pena mais severa do que o homicídio simples desta mesma vítima. Isto mesmo! Se conjugarmos o art. 224/CP, alínea “a”, - que, a despeito do consentimento da vítima, presume como existente a violência do ato no caso daquela não ser maior

³⁹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998. p. 93-94.

de 14 (quatorze) anos -, com o art. 9º, da Lei nº 8.072/90, - que ordena um aumento em sua metade do mínimo da pena abstratamente cominada nas hipóteses de crimes hediondos praticados contra vítimas que não sejam maiores de 14 (quatorze) anos, chegaremos à inevitável conclusão de que para o beijo lascivo com o consentimento da vítima não maior de 14 (quatorze) anos – atentado violento ao pudor (art. 214/CP), crime hediondo – o mínimo legal da pena é de 9 (nove) anos. Contudo, para um crime de homicídio doloso simples praticado contra esta mesma vítima teríamos um mínimo legal de 8 (oito) anos, vez que a aplicação do art. 121/CP, § 4º, 2ª parte, ao indicar um aumento de 1/3 (um terço) da pena do crime de homicídio doloso no caso dele ser praticado contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, permitiria que o mínimo legal do homicídio simples (art. 121/CP, *caput*) – não “qualificado”, portanto - saltasse de 6 (seis) anos para 8 (oito) anos.

Mas as discrepâncias legislativas não se esgotam nestes dois exemplos. A recente inflação legislativa, que inchou o setor do Direito Penal Complementar, igualmente produziu idiossincráticos exemplos do processo de desarticulação do princípio da proporcionalidade. Após o advento da Lei nº 9.605/98 os maus-tratos a animais – elevados à condição de crime - são mais severamente castigados – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (art. 32, da Lei nº 9.605/98) – do que os maus-tratos praticados contra seres humanos – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa (art. 136/CP). Da mesma forma, a edição da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) possibilitou que a lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor – guindada à especial posição de crime de trânsito – seja apenada com maior severidade – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor – do que a própria lesão corporal dolosa praticada na direção de veículo automotor, ainda regulada pelo Código Penal – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

CONCLUSÃO³⁹⁹

³⁹⁹ Em razão da corriqueira recomendação do Prof. LUIZ ALBERTO MACHADO que, incansavelmente, apregoa a desnecessidade de um espaço destinado à apresentação

O alinhamento destes inúmeros exemplos do descaso legislativo com o princípio da proporcionalidade da pena objetiva desmascarar o insidioso processo de obnubilação de toda a resplandescente estrutura teórica dos “princípios penais constitucionais” pelo qual atravessamos, fenômeno este sentido e alavancado sobretudo dentro das esferas do poder público. Como forma de retratar o quão perniciosos podem se mostrar o desapego ou até mesmo a ignorância destes princípios penais constitucionais citaremos uma declaração proferida pelo então Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná num debate promovido por uma rádio acerca das constantes fugas de detentos dos distritos policiais de Curitiba: “Ao meu ver, após a terceira tentativa de fuga por parte do sujeito, deveríamos aplicar-lhe a pena de morte”⁴⁰⁰.

Um só disparo verbal da então principal autoridade policial de nosso Estado conseguiu alvejar, simultaneamente, três princípios penais constitucionais. Em primeiro lugar, sua afirmação esfacelou por completo o “princípio da legalidade ou da reserva legal”, já que o art. 352/CP exige – para ser reputada enquanto criminosa – que a conduta de evasão seja praticada mediante violência contra a pessoa. Depois, ao ventilar a pena de morte como sanção cabível ao caso (que nem crime se configura), provocou o desfalecimento do “princípio da humanidade ou racionalidade da pena”. Por fim, ainda que hipoteticamente se tratasse de um fato criminoso e ainda que, por um golpe de mágica, admitíssemos a pena capital em nosso ordenamento jurídico, será que frente ao “princípio da proporcionalidade da pena” poderíamos aplicar a pena de morte a uma simples tentativa de fuga de distrito policial? Lastimável!

Agora, independentemente desta consideração final e de toda a estruturação teórico-classificatória que empreendemos (julgando-a, de certa forma, até irrelevante), cremos ser deveras necessário destacar que, no decorrer

das conclusões de um trabalho – posto que as mesmas estariam no decorrer de toda a obra, resolvemos abdicar do modelo tradicionalmente empregado nos trabalhos científicos e preferimos adotar um modelo livre, que condensa – inclusive – o sentido teórico do próprio trabalho.

⁴⁰⁰ Fato relatado ao Núcleo de Estudos Criminais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (NEC/UFPR) pelo Prof. RENÉ ARIEL DOTTI, um dos participantes do debate.

de todo o texto, evitamos mencionar “princípios penais de garantia” em alusão aos “princípios penais constitucionais”, preferindo a última denominação em detrimento da primeira. Justifica-se este nosso posicionamento porque o “garantismo penal” de FERRAJOLI⁴⁰¹, ao elaborar uma teoria preocupada apenas em limitar o poder de punir do Estado, equacionando todas as questões na quadratura da parêmia “intervenção estatal-liberdade individual”, acaba por relegitimar aquele mesmo poder, engendrando o definhamento de todo nosso potencial transformador do mundo que nos cerca.

Desvela-se, aqui, a chamada “falácia garantista” que, segundo a visão de CADEMARTORI, “nada mais quer dizer do que imaginar que baste ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência antigarantista e, mais ainda, promovam a satisfação das carências materiais da sociedade. A missão do Estado de Direito não se esgota no plano normativo, é necessária a contínua luta social – isto é, fática e política – para assegurar o cumprimento do cometido social”⁴⁰². Nesse sentido, embora vejamos como imprescindível o estabelecimento de conceitos dogmáticos que funcionem como verdadeiras entidades delimitadoras do poder de punir do Estado (garantismo negativo), cremos ser indispensável agregar a esta dimensão puramente normativa a práxis político-fática do garantismo, resultando como fruto desse acúmulo de sentidos o “garantismo positivo” de nosso timoneiro BARATTA, por ele lapidarmente esclarecido: “Isto significa a resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, também dos de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parcela deles, que poderíamos denominar *direitos de prestação de proteção*, em particular contra agressões provenientes de determinadas pessoas”⁴⁰³.

Ou seja, além de enxergarmos como necessária a refundação normativa de um saber em prol da proteção dos direitos fundamentais – caminho que até aqui

⁴⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr *et al.* São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 681-766.

⁴⁰² *Apud* RAMIDOFF, Mário Luiz. A fábrica de ilusões (da criminalização às funções não declaradas do controle sócio-penal). In: *Trajetórias jurídicas - desafios e expectativas*. Florianópolis: Ed. Habitus, 2002. p. 42.

⁴⁰³ BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 8, n. 29, p. 48., jan./mar. 2000.

trilhamos – acreditamos que em nenhum momento deve o intelectual (penalista) deixar de sonhar que a luta política pela promoção da dignidade de seu semelhante é possível, nem que para manter esta solidariedade permanente tenha ele que se embrenhar com pertinácia pelos espaços públicos (universidade, partidos políticos, etc), locais que lhe permitirão oferecer cotidiana e minimamente um alento emancipatório ao desventurado sujeito concreto. É essa força libertadora, esse desejo de romper com o poder e pelo homem, aliás, que justifica a sua própria existência e o vitaliza diante de sua indefectível angústia, agora transformada em uma tênue e solitária fonte de estímulo, como fielmente retrata o pobre “Werther” de GOETHE em uma de suas cartas ao amigo, “feliz é aquele que humildemente reconhece o resultado final de todas as coisas, vendo de um lado como o burguês facilmente arranja o seu pequeno jardim e dele faz um paraíso, e, de outro, como o miserável, arfando sob o seu fardo, segue o seu caminho sem revoltar-se, mas aspirando todos, do mesmo modo, a enxergar ainda por um minuto a luz do sol ... sim, quem isso observa à margem permanece tranquilo”⁴⁰⁴.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81 e ss.

⁴⁰⁴ GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Werther*. Trad. Galeão Coutinho. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1971. p. 20.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 4, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 2. ed. Milano: Ed. Giuffrè, 1949.

ARAÚJO JR., João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 65-79.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987.

_____. *Princípios de derecho penal: parte general*. 3. ed. Madrid: Ed. Akal, 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Marginalidade social e justiça. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 21-22, p. 5-25.

_____. Criminologia crítica e política penal alternativa. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 23, p. 7-21.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

_____. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 8, n. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1., n. 1., p. 15-59, 2001.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Algumas palavras sobre descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 13-14, p. 28-40, jan./jun. 1974.

_____. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. In: *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1984. p. 113-122.

_____. O prazer e a lei penal. In: *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1984. p. 304-312.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. Ed. RT, a. 11, n. 42, p. 242-263, jan./mar. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Os estranhos da era do consumo: do Estado de bem-estar à prisão. In: *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1998. p. 49-61.

_____. Lei global, ordens locais. In: *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, p. 111-136.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Trad. Sergio Paulo Rouanet. 2. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1986. p. 222-232.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. v. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 662, p. 247-257, dez. 1990.

_____. Princípios penais garantistas e a delinquência do colarinho branco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 3, n. 11, p. 118-127, jul./set. 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

_____. Marxismo. In: BOBBIO, MATEUCCI & PASQUINO. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999. p. 738-744.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994. p. 228-266.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. Trad. Antônio Quadros. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1972.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Ed. Almedina, 1993. p. 515-550.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. v. 1. Trad. José Luiz V. de A. Francheschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Ed. Saraiva, 1956.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de. & WÜNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2002. p. 129-160.

_____. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 1996. p. 143-164.

CASTILHO, Ela Wolkmer de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 2001.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. v. 1. 5. ed. 2. reimpressão. Madrid: Ed. Tecnos, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José. *Direito penal na constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. Trad. Eliana Granja et al. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGS em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

_____. Conversa com um abolicionista minimalista (entrevista concedida à Ana Sofia Schmidt de Oliveira e André Isola Fonseca). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 21, p. 13-22, jan./mar. 1998.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v. 1. Coimbra: Ed. Almedina, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, ano 31, v. 31, p. 37-49, 1999.

_____. & CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, Ed. Notadez/PUC-RS/ITEC, ano 3, n. 11, p. 23-29, 2003.

CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. rev. e amp. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999.

CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho penal: parte general*. t. 1. 9. ed. Barcelona: Ed. Bosch, 1948.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal: parte general*. t. 1. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1982.

DÍAZ, Elias. *Sociologia y filosofia del derecho*. 2. ed. Madrid: Ed. Taurus, 1989.

DOLCINI, Emilio. Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo milenio. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, a. XLII, t. 1, p. 10-31, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

_____. As bases constitucionais do direito penal democrático. In: *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988. p. 330-358.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 681-766.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FERRARI, Eduardo Reale. Os prazos de duração das medidas de segurança e o ordenamento penal português. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 83, n. 701, p. 267-275, mar. 1994.

FERREIRA, Ivete Senise. O direito penal primitivo. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Ed. Saraiva, v. 27, p. 485-496, 1977.

FERRI, Enrico. *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*. Trad. Isidro Pérez Oliva. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887.

FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: parte generale*. 2. ed. Bologna: Ed. Zanichelli, 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. A “ciência conjunta do direito penal”. In: *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 19-50.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na teoria do estado. In: *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 259-281.

_____. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: MUSSI, Ricardo et al. *A Escola de Frankfurt e o Direito*. Curitiba, EDIBEJ, 1998.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal*. t. 1. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1966.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Nau/PUC-RJ, 1996.

_____. Sobre a prisão. In: *Microfísica do poder*. Trad. e Org. Roberto Machado. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2001. p. 129-143.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e a sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 1. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 7-16.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

_____. Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Borsói, a.1, n. 1. p. 78-88, jan./mar. 1971.

GALEANO, Eduardo. A escola do crime. In: *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, a.1, n. 2, p. 15-16, jul./dez. 1996.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do Direito Penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI – v. 9).

_____. Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? In: *Estudios de derecho penal*. 3. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1990. p. 140-161.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Werther*. Trad. Galeão Coutinho. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1971.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 80, n. 663, p. 257-267, jan. 1991.

_____. Tóxico – plantação de maconha para uso próprio: equipara-se à tráfico de entorpecente? In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Ed. Síntese, v. 4, n. 19, p. 32-33, abr./mai. 2000.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 2, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1997.

HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1997. p. 51-140.

_____. Descriminalização. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 9/10, p. 7-26, jan./jun. 1973.

_____. Práticas punitivas: um pensamento diferente (entrevista concedida à Juan Felix Marteau e traduzida por Helena Singer). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 14, p. 13-26, abr./jun. 1996.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. 1. t. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de derecho penal*. t. 1. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Losada, 1956.

_____. *La ley y el delito: principios de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hermes, 1954.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed. Comares, 1993.

KAFKA, Franz. *Na colônia penal*. Trad. Modesto Carone. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1996. (Coleção Leitura).

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, a.1, n. 1, jan./jun. 1996.

LAPLAZA, Francisco P. Beccaria y la cultura italiana del setecientos. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1962. p. 107-123.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Teoria e aplicação da lei penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1981.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 87, n. 757, p. 402-411, nov. 1998.

_____. Princípios penais constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, a. 89, n. 779, p. 417-451, set. 2000.

LOPEZ-REY, Manuel. Manifesto criminológico. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, n. 24, p. 7-16.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1991.

_____. Sobre o princípio da legalidade. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 250-263.

_____. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. In: *Ciência penal – coletânea de estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: Ed. JM, 1999. p. 267-280.

LUNA, Everardo da Cunha. Tendências do direito penal contemporâneo. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 29-39.

_____. Direito penal germânico. In: *Capítulos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1985. p. 50-65.

LYRA FILHO, Roberto. *Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, prática e táticas atuais*. Rio de Janeiro: Ed. Acheomé, 1982.

_____. *O que é direito*. 13. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

_____. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 238-249.

_____. Reforma da legislação criminal. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 28, n. 28, p. 85-96, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 1. Campinas: Ed. Bookseller, 1997.

MARRAFON, Marco Aurélio. Uma crítica a três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 33, v. 36, p. 323-336, 2001.

MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 2. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1995.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: Ed. L&PM, 2002.

_____. *A guerra civil na França*. Trad. Antônio Roberto Bertelli. São Paulo: Ed. Global, 1986.

_____. Prefácio da contribuição à crítica da economia política. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *História*. Organizado por Florestan Fernandes. 3. ed. São Paulo: Ed. Ática, 1984. p. 231-235. (Coleção Os Grandes Cientistas Sociais).

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: parte general*. v. 1. 7. ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1994.

MEROLLI, Guilherme. A interpretação do pensamento político de Thomas Hobbes. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004. p. 47-64.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1980.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Barcelona: Ed. PPU, 1990.

_____. *El derecho penal en el Estado social y democratico de derecho*. 3. ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1998.

_____. Para uma ciencia crítica do direito penal. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, n. 25, p. 7-12, jan./jun. 1979.

_____. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconomico en el proyecto de codigo penal español de 1994. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v. 1. 33. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Trad. Ada Pelligrini Grinover. São Paulo: Ed. RT, 1981.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1989.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1988.

PIERANGELI, José Henrique. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. In: *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 339-374.

_____. Normas penais em branco e a sua validade temporal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. RT, v. 584, p. 312-314, jun. 1984.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Noções de criminologia crítica. In: *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 36-46.

_____. A pena através do tempo. In: *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 117-133.

PIZARRO BELEZA, Teresa. *Direito penal*. 2. ed. 2 v. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Luís Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Ed. Sucessor, 1979.

_____. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. p. 105-124.

RAMIDOFF, Mário Luiz. A fábrica de ilusões (da criminalização às funções não declaradas do controle sócio-penal). In: *Trajetórias jurídicas - desafios e expectativas*. Florianópolis: Ed. Habitus, 2002. p. 39-60.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Ed. Juruá, 1991.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, a. 8, n. 32, p. 39-54, out./dez. 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1997. p. 41-77; 134-175.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

_____; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal processal*. Trad. Luis Arroyo Zapatero e Juan Luiz Gomes Colomer. Barcelona: Ed. Ariel, 1989.

SÁNCHEZ, Mauricio Martinez. El problema social. Sistema penal: el sistema acusado por los abolicionistas. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 44-64.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Ed. Fórum, 2004.

_____. *A criminología radical*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

_____. *Direito penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 21-31.

_____. Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico. In: *Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. RT, n. 15/16, p. 51-64, jul./dez. 1974.

_____. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Artigo extraído de página da web: www.cirino.com.br. Acesso em 01.03.2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.

SCHIER, Paulo Roberto. *Filtragem constitucional: contributo para uma dogmática constitucional emancipatória*. Curitiba, 1999, 154 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a Suprema Corte da Bahia e seus juízes – 1609-1751*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979.

SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramatica. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 17-43.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. t. 1. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Ed. TEA, 1951.

STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. Tribunal penal internacional. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, a. 7, n. 28, p. 208-218, out./dez. 1999.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal*: parte general. t. 1. El hecho punible. Trad. Gladis Romero. Madrid: Ed. EDERSA, 1982.

STRECK, Lênio. Direito penal, criminologia e paradigma dogmático: um (re) pensar crítico. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, n. 11, p. 69-85, 1995.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*: variações e tendências. São Paulo: Ed. RT, 1980.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

VARELA, Dráuzio. *Estação carandiru*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

VARGAS, José Cirilo. *Instituições de direito penal*: parte geral. t. 1. Belo Horizonte: Ed. Del-Rey, 1997.

WACQUANT, Löïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos/Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

_____. Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, Ed. Universidade Federal do Paraná, n.13, p. 39-50, nov. 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. 11. ed. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. da versão espanhola por Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. 5v. Cidade do México: Ed. Cardenas, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991.

_____. El sistema penal em los países de America Latina. In: ARAUJO JR., João Marcello. (Org). *O sistema penal do terceiro milênio* (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1991. p. 221-236.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1999.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Manuel Izquierdo Macías-Picovea. Madrid: Ed. EDERSA, 1979.